



Roj: SAP L 713/2011
Id Cendoj: 25120370022011100318
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Lleida
Sección: 2
Nº de Recurso: 605/2010
Nº de Resolución: 417/2011
Procedimiento: Recurso de Apelación
Ponente: ANA CRISTINA SAINZ PEREDA
Tipo de Resolución: Sentencia

**AUDIENCIA PROVINCIAL
DE LLEIDA**

Sección Segunda

El Canyaret, s/n

Rollo nº. 605/2010

Modif.medidas con relación hijos (contencioso) núm. 1745/2009

Juzgado Primera Instancia 7 Lleida

SENTENCIA nº 417/2011

Ilmos./as. Sres./as.

PRESIDENTE:

SR. ALBERT GUILANYÀ I FOIX

MAGISTRADOS:

SR. ALBERT MONTELL GARCIA

SRA. ANA CRISTINA SAINZ PEREDA

En Lleida, a veinte de diciembre de dos mil once

La sección segunda de esta Audiencia Provincial, constituida por los señores anotados al margen, ha visto en grado de apelación, las actuaciones de Modif.medidas con relación hijos (contencioso) número 1745/2009 , del Juzgado Primera Instancia 7 Lleida, rollo de Sala número 605/2010, en virtud del recurso interpuesto contra la Sentencia de fecha 17 de septiembre de 2010 . Es apelante la parte demandante Samuel , representado/a por el/la procurador/a MARÍA ORTIZ SALILLAS y defendido/a por el/la letrado/a Elda Michans Ariño. Es apelado/a la parte demandada, Marí Juana , representado/a por el/la procurador/ a MªANTONIA VILA PUYOL y defendido/a por el/la letrado/a TERESA NOVELL RAMI, la cual se opusó al recurso de apelación. Es parte el Ministerio Fiscal que se opusó al recurso de apelación. Es ponente de esta sentencia el/la Magistrado/a Doña ANA CRISTINA SAINZ PEREDA.

VISTOS,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La transcripción literal de la parte dispositiva de la Sentencia dictada en fecha 17 de septiembre de 2010, es la siguiente: "

F A L L O

QUE DESESTIMANDO la demanda de modificación de medidas de guarda y custodia formulada por la procuradora Doña Maria Ortiz Salillas en nombre y representación de Samuel , **contra** Marí Juana , siendo parte el Ministerio Fiscal, :

1.- **NO HA LUGAR** al cambio de guarda y custodia solicitado.

2.- SE MODIFICA EL REGIMEN DE VISITAS fijado en el auto de fecha 20 de mayo de 2.002 dictado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 en el procedimiento Filiación 188/2002, sustituyendolo por el siguiente: El padre podra tener a su hijo menor JORDI consigo:

A.- Fines de semana alternos desde la salida del colegio del viernes hasta la entrada al colegio del lunes, ampliandose en caso de fines de semana largos o puentes, entendidos como aquellos en que haya días no lectivos antes del sabado o despues del domingo.

B.- Los miercoles desde la salida del colegio hasta el jueves a la entrada del mismo.

C.- Las vacaciones de Navidad se dividen en dos periodos, el primero desde la salida del colegio del ultimo dia de clase hasta las 20.00 horas del 30 de diciembre y el segundo de las 20.00 horas del 30 de diciembre a la entrada en el colegio el primer dia lectivo de enero. En defecto de acuerdo el padre tendra al menor el primer periodos los años pares y la madre los impares. El padre recogerá al menor en el colegio o en el domicilio de la madre, dependiendo del periodo y lo devolverá al colegio o al domicilio de la madre dependiendo del periodo.

D.- La semana de vacaciones escolares de febrero se dividira en dos periodos, el primero desde la salida del colegio del viernes hasta el miercoles a las 20.00 horas y el segundo de las 20.00 horas del miercoles a la entrada del colegio del lunes siguiente. En defecto de acuerdo el padre tendra al menor el primer periodos los años pares y la madre los impares. El padre recogerá al menor en el colegio o en el domicilio de la madre, dependiendo del periodo y lo devolverá al colegio o al domicilio de la madre dependiendo del periodo.

E.- En semana santa el menor estara con su padre desde la salida del colegio del ultima dia de clase hasta las 20.00 horas del sabado santo, en que lo llevara al domicilio materno, y la madre el resto.

F.- En verano el padre tendra al menor de la salida del colegio del ultimo dia de clase de junio hasta las 10.00 horas del 1 de julio, y la madre de las 10.00 horas del 1 de septiembre hasta el comienzo de las clases. Los meses de julio y agosto se alternaran de manera que los años pares el menor estara con su madre de las 10.00 horas del 1 de julio a las 10.00 horas del 1 de agosto, y con su padre de las 10.00 horas del 1 de agosto a las 10.00 horas del 1 de septiembre, y los años impares al reves, recogiendo y devolviendo en todo caso el padre al domicilio materno.

Sin condena en costas. [...]"

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, la parte demandada Samuel interpusó un recurso de apelación que el Juzgado admitió y, seguidos los trámites pertinentes, remitió las actuaciones a esta Audiencia, Sección Segunda.

TERCERO.- La Sala decidió formar rollo y designar magistrado ponente a quien se entregaron las actuaciones para que, una vez deliberada, propusiera a la Sala la resolución oportuna. Se señaló el día 13 de diciembre de 2011 para la votación y decisión.

CUARTO.- En la tramitación de esta segunda instancia se han observado las prescripciones legales esenciales del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de primera instancia desestima la demanda en la que el Sr. Samuel interesa la modificación de la medida acordada en el auto de 20 de mayo de 2002 respecto de la guarda y custodia del hijo común, Jordi, atribuida en dicha resolución a la madre, la Sra. Marí Juana . No obstante, se amplía el régimen de visitas paterno-filial.

Interpone el demandante recurso de apelación denunciando la infracción de la doctrina jurisprudencial y de las normas aplicables al caso por cuanto que se han infringido los derechos del menor que, cumplidos los doce años el 30-7-2010, no ha sido escuchado ni informado antes ni después de que se tomaran decisiones que afectan directamente a su esfera personal, y tampoco se han tomado en consideración sus anhelos ni opiniones manifestadas antes de cumplir doce años, ni la opinión del psicólogo al que la madre le lleva esporádicamente. Aduce el recurrente que no se ha tenido en cuenta que en el presente caso la demanda fue instada por el menor y que el padre se limitó a complementar su capacidad interponiendo la demanda, aportando la carta escrita de puño y letra del menor; que en el ínterin ha entrado en vigor el Libro II del Código Civil de Cataluña cuyo art. 211-6 ordena que el menor, cumplidos los doce años, tiene derecho a ser escuchado e informado, y que esta parte amparó su petición en la Ley 8/1995, de 27 de julio, que reconoce

los derechos de los niños y adolescentes a que se tengan en cuenta sus opiniones, habiéndose producido una importante evolución social y jurisprudencial en la materia. **Añade que tanto el Código de Familia como el Código Civil de Cataluña remiten a la mediación familiar en supuestos como el que nos ocupa y que la Ley de Mediación de Derecho privado de Cataluña legitima al menor para intervenir e incluso instar el proceso**

El Ministerio Fiscal y la parte apelada se oponen al recurso, interesando la íntegra confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Estamos ante un procedimiento de modificación de medidas definitivas aprobadas judicialmente (así consta claramente en la demanda, en la que se invoca el art. 775 de la LC , el art. 80 del Código de Familia y art. 3 de la Ley 8/1995), y por ello lo primero que hay que recordar es que según dispone el art. 775 de la LEC , en relación con el art. 80 C.F . tanto las medidas convenidas por los progenitores como las que, en su defecto, acuerde el Juez, pueden ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio en atención a circunstancias sobrevenidas, debiendo tratarse de un cambio o alteración sustancial respecto de las concurrentes en el momento de aprobarlas o acordarlas, pudiendo incluso preverse anticipadamente, en el propio convenio regulador o en la sentencia, las modificaciones pertinentes (art. 80-2 C.F .).

Además de lo anterior, cuando se trata, como en este caso, de cualquier cambio en las medidas que afectan a los hijos menores de edad, ese cambio debe estar inspirado en el superior principio del "favor filli", como criterio fundamental que debe informar este tipo de decisiones. En efecto, en materias como la que nos ocupa rige el principio del superior interés y beneficio del menor, como criterio básico que ha de presidir todas las decisiones que le afecten, tal como dispone el art. 3-1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General e las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 e incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación y que informa toda la regulación de las relaciones paterno filiales en nuestro derecho, siendo proclamado en forma específica en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , en el art. 82-2 del Código de Familia de Cataluña y en el art. 3 de la Ley del Parlamento de Cataluña 8/95, de 27 de julio , de atención y protección de los niños y de los adolescentes, cuando indica que: "El interés superior del niño y del adolescente debe ser el principio inspirador de las actuaciones públicas y de las decisiones y las actuaciones que les conciernan adoptadas y llevadas a termino por los padres, los tutores o los guardadores, por las instituciones públicas o privadas encargadas de protegerlos y de asistirlos o por la autoridad judicial o administrativa.. Para la determinación de este interés se ha de tener en cuenta en particular, los anhelos y las opiniones de los niños y de los adolescentes, y también su individualidad dentro del marco **familiar** y social". Por su parte el artículo 11 de esta ley , bajo el que lleva por título "Información i participación", establece en su apartado 3) que " los niños y los adolescentes han de ser informados de sus derechos y han de tener la oportunidad de ser escuchados, de acuerdo con su edad y las condiciones de madurez, en todo procedimiento administrativo o judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que les afecte en la esfera personal, **familiar** o social". La referida Ley 8/95 es la que estaba vigente cuando se inició el presente procedimiento, al igual que el art. 82-2 C.F ., habiendo sido posteriormente derogados ambos textos legales, el primero por la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia (en vigor desde el 28-7-2010) y, el segundo, por el Libro II del Código Civil de Cataluña (que entró en vigor el 1-1-2011). Una y otra normativa recogen y desarrollan el mismo principio rector del interés superior del menor (art. 5 de la Ley 14/2010 y art. 233-8 CCCat) y establecen el derecho a ser escuchado (art. 7 y art. 233-11, respectivamente).

Toda esta normativa viene a recoger los principios básicos establecidos en la Convención de Derechos del Niño de 1989, antes mencionada, cuyo art. 12 establece: "Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez". Asimismo, la Convención de Estrasburgo de 1996 prevé en su art. 6 la necesidad para la autoridad judicial, cuando el menor disponga de una formación suficiente, antes de adoptar cualquier decisión en el procedimiento que le interese, de consultarle directamente o por **mediación** de otras personas u organismos, permitiéndole expresar su opinión y teniéndola debidamente en cuenta.

Retomando las normas vigentes al tiempo de tramitación del procedimiento, el art. 82-2 C.F . establece que a la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos, y antes de resolver, ha de escuchar a los de doce años o más, y a los de menos, si tienen suficiente conocimiento. Y el art. 770-4º de la LEC (al que se remite el art. 775) en su redacción dada por la Ley 13/2009 dispone que si el procedimiento fuera contencioso y se estima necesario de oficio, a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los menores o incapacitados si tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años.

Cuando se inició el presente procedimiento Jordi tenía once años. En la demanda se interesó que se acordara provisionalmente e inaudita parte el cambio inmediato de guarda y custodia, por lo que se siguió el trámite previsto en el art. 773-3º de la LEC, practicándose en fecha 12 de febrero de 2010 la exploración del menor, exponiendo éste sus opiniones, según consta en el acta incorporada a las actuaciones. Posteriormente en el acto de juicio la juzgadora de instancia, a la vista de lo que constaba en el informe técnico (en cuando al procedimiento judicial actual, el menor se encuentra en una situación de juicio que no le toca por edad) recabó la opinión del psicólogo del SATAF sobre la conveniencia de volver a llamar a Jordi y preguntarle nuevamente su opinión, respondiendo el especialista que personalmente recomendaría que no, que ya está involucrado en el procedimiento y carga un poco con el peso de lo que serían temas exclusivamente de adultos, que ya ha intervenido este servicio (el SATAF), y el Centro de Salud Mental Infantil y Juvenil, y que se trata de un niño muy sensible. En base a este criterio del psicólogo y dado que ya había sido explorado judicialmente con anterioridad es por lo que se decidió no explorarle nuevamente al tiempo en que se celebró la vista. Es cierto que en ese momento Jordi ya había cumplido doce años, pero también lo es que como ya decíamos en el auto dictado en esta segunda instancia desestimando la práctica de prueba propuesta por el apelante, la decisión judicial está sobradamente motivada en la sentencia de primera instancia.

A ello hay que añadir que Jordi ha tenido la debida intervención en el procedimiento, consta la carta escrita de su puño y letra aportada con la demanda, ha sido oído por la juzgadora a quo que escuchó sus deseos y preguntó por sus motivaciones, y también directamente por el psicólogo del SATAF que, además, emitió su informe previa coordinación telefónica con el psicólogo Sr. Melchor, del Centro de Salud Mental Infantil y Juvenil, y de la tutora de la escuela Alba a la que acudía Jordi en aquél momento. En consecuencia no cabe apreciar la vulneración de los preceptos que invoca el apelante, ni con arreglo a la normativa vigente ni con la que ha entrado en vigor con posterioridad, considerando en cambio que se han respetado debidamente los derechos del menor, que en modo alguno pueden considerarse infringidos por el hecho de que no haya sido nuevamente escuchado una vez cumplidos los doce años, pues ya había sido oído unos meses antes y la decisión judicial está debidamente fundada y amparada en el hecho de no era conveniente en ese momento para el interés del menor, pudiendo redundar negativamente

Cuestión distinta será que el deseo de Jordi no haya sido atendido. Como en otras ocasiones ya ha mantenido esta Sala aunque es indudable que la opinión de los menores ha de ser conocida y debe tomarse en consideración, sin embargo, la necesidad de que los menores sean oídos no puede necesariamente traducirse en que sea su voluntad la que haya de imponerse en todo caso, pues no es a ellos a quien corresponde tomar la decisión sobre algo tan trascendente, y no hay que confundir los anhelos y el deseo del niño o del adolescente con el principio del "favor filii" y superior interés del menor que ha de presidir esta tipo de decisiones tan relevantes.

Por lo demás, en lo que se refiere a la posibilidad de acudir a la **mediación familiar** y a la intervención que en tales procedimientos tienen los mayores de doce años, únicamente cabe indicar que el apelante podría haber hecho uso de esa vía si así hubiera querido, tal como permite el art.770-7º de la LEC según el cual las partes, de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el art. 19-4 de esta Ley, a efectos de someterse a **mediación**. Y en esta materia, el Preámbulo de la a Exposición de Motivos de la Ley 25/2010 de 29 de julio, que aprueba el Libro II del Código Civil de Cataluña, destaca el carácter voluntario de la **mediación familiar**, que se regula en el art. 233-6.

TERCERO.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada las alegaciones del recurrente evidencian su disconformidad con la valoración de la prueba efectuada por la juzgadora de instancia porque, según aduce, se remite constantemente y de forma sesgada a determinados contenidos del informe del SATAF dándoles un significado incomprensible, sin tener en cuenta la insatisfacción con el clima **familiar** que el menor denuncia en la carta y su inadaptación con la situación **familiar** actual en el domicilio de la madre, negándose la juzgadora de instancia a saber la situación del menor en el momento en que se celebró la vista.

A esta última cuestión (exploración del menor) ya nos hemos referido con anterioridad por lo que no es necesario incidir en ella. La conclusión que se obtiene en la resolución recurrida tras analizar las pruebas practicadas es que lo más beneficioso para el menor es mantenerle en el entorno más estable posible, y ese entorno es el de la madre. En definitiva y siendo que estamos ante un procedimiento de modificación de medidas lo que se está concluyendo es que no se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias respecto de las concurrentes en el momento de acordar la medida de que se trata, que justifique su modificación en los términos que dispone el art. 775 de la LEC. Hay que tener en cuenta que de acuerdo con este precepto, y con la reiterada doctrina jurisprudencial que lo interpreta y desarrolla, la modificación únicamente podrá tener lugar cuando se sustente en la aparición de hechos o situaciones nuevas,

imprevistas, o que no fueron tenidas en cuenta al establecer la medida cuya revisión se insta, y debe tratarse de una alteración trascendente, de relativa importancia que, además, revista un cierto grado de permanencia y duración en el tiempo, no transitoria ni meramente coyuntural.

Es cierto que en la carta aportada junto con la demanda Jordi expresa su malestar por los castigos de su madre (no le deja ver la televisión, jugar a la consola, tener el teléfono móvil encendido) y que manifestó a la juzgadora a quo durante la exploración judicial que quiere ir a vivir con su padre, habiéndolo expresado así también al psicólogo del CSMIJ. Desde esta perspectiva podría entenderse que se ha producido un hecho nuevo e importante a la hora de decidir sobre la procedencia de mantener o no la medida acordada en su día. No obstante, como antes se decía, el deseo del menor no implica necesariamente que tenga que ser atendida su voluntad sino que será preciso ponderar si ese deseo se ajusta debidamente al criterio básico y fundamental que informa esta materia, o lo que es lo mismo si, en efecto, estamos ante una sustancial alteración de las circunstancias, de tal entidad que debe conducir a la modificación de la medida, por resultar lo más adecuado y beneficioso para salvaguardar el primordial interés del menor.

En esta situación, no está de más recordar que la parte actora solicitó en su demanda "que a los efectos de poder disponer en el momento de la vista del procedimiento de modificación de medidas de las pruebas necesarias, interesa al derecho de mi principal se requieran los servicios del EATAV a fin de que previo estudio de la unidad **familiar** integrada por los aquí litigantes y su hijo, emitan informe en el que se confirme la pertinencia de la modificación de medidas que se interesa". Se recabó dicho informe y su resultado ha sido claramente contrario a la tesis del demandante, pues no sólo no confirma la pertinencia de la modificación sino que claramente la desaconseja.

Es cierto que, como alega el apelante, los psicólogos consideran que Jordi tiene una adecuada madurez y evolución, y que no han descalificado a ninguno de los progenitores. También lo es que en cuanto a las habilidades parentales el informe del SATAF indica que ambos progenitores emergen aptos para asumir las labores de crianza del menor, para identificar y dar respuesta a sus necesidades básicas. Sin embargo, a continuación se indica que "no obstante, hay que mencionar la mayor sensibilidad y dedicación que ofrece al menor la progenitora y su entorno". Y se añade que "en cuanto al progenitor no queda clara su expectativa y su situación laboral y de vivienda en un futuro próximo. A la hora de describir el entorno materno o situación actual del menor respeto a éste no refiere motivos sólidos y firmes por los cuales cuestione la parentalidad de la progenitora".

El informe recoge igualmente que "el menor expresa el deseo de poder ver más tiempo a su padre, pero no en detrimento de la figura materna sino como complementario. No obstante, expone que con ambos mantiene una buena relación basada en la confianza, contando con ellos en caso de necesitarlos". Y en el apartado de valoraciones consta que "el menor no ofrece un claro deseo de querer cambiar de domicilio pues muestra vínculo y afecto por ambos progenitores, y desde el entorno paterno no se observan o constatan los mismos elementos de estabilidad que ofrece el entorno materno, por lo que sus motivos quedan sustancialmente frágiles y basados en cuestiones poco significativos".

Y acaba la valoración solicitada señalada que "con relación a la guarda y custodia... no se valora la necesidad de introducir cambios en este sentido Altrament, para garantizar una estabilidad emocional en el menor se valora necesario mantener una continuidad en su situación actual, con una presencia significativa de la figura paterna en su vida cotidiana".

Durante la vista el psicólogo del SATAF explicó sus conclusiones y respondió a cuantas preguntas le fueron planteadas aclarando, entre otras cuestiones, que cuando en su informe se refiere a "la existencia de una moderada inadaptación general del menor en su situación personal actual y, sobre todo, **familiar**", ha de entenderse referido a su entorno **familiar**, global, con independencia de donde está residiendo (es decir, incluido el progenitor); que en la actual situación no encuentra motivos para aconsejar un cambio en la guarda y custodia; que debe valorarse la trayectoria y estabilidad que ahora tiene, y que es un niño muy sensible a los cambios, por lo que su conclusión es que lo más conveniente es mantener la situación, sin que ello sea óbice para ampliar significativamente la presencia del padre, reiterando nuevamente, a preguntas del Ministerio Fiscal, que el entorno materno es el que mejor garantiza la estabilidad emocional de Jordi.

En consecuencia, ante la claridad y contundencia de este medio de prueba que el propio demandante consideraba esencial para poder sustentar su tesis, hemos de concluir que ningún error cabe apreciar en la valoración de la prueba efectuada por la juzgadora de instancia ni en las conclusiones que de ella se derivan al no apreciar la sustancial variación o alteración de circunstancias que justifique el pretendido cambio en la guarda y custodia. No se trata, por tanto, de prescindir del deseo de Jordi, ni de obviar lo que manifiesta en

su carta sino que, tomando en consideración sus deseos y opiniones, es preciso también valorar y analizar todas las demás circunstancias concurrentes en el núcleo **familiar** globalmente considerado, resultando especialmente relevantes en este sentido los informes periciales o técnicos que, sin ser vinculantes, deben ser valorados por el juez para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de las medidas que deban adoptarse sobre los menores (así lo recuerda y remarca la STSJC de 16 de junio de 2011, con cita de la STS de 7-4-2011 y de otras anteriores).

La decisión adoptada en la resolución recurrida se funda en el superior interés y beneficio del menor, y está debidamente amparada por el informe dle SATAF que desaconseja la modificación del régimen de guarda y custodia materna, ampliando no obstante el régimen de visitas con el padre, por resultar adecuado, conveniente y beneficioso para el menor. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar íntegramente la sentencia, sin que la Sala considere relevantes los hechos nuevos que el apelante alega en su recurso, ocurridos el mismo día que se celebró el juicio y en el mismo contexto de litigiosidad y conflictividad del que el menor no ha sido debidamente preservado por sus progenitores, según se destaca en el informe del SATAF, que recomienda a los progenitores un cambio de actitud, en beneficio del hijo.

CUARTO.- Dada la especial naturaleza de las cuestiones debatidas no procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de **D. Samuel** contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N°7 de los de Lleida en los autos de Modificación de Medidas nº 1745/09 **CONFIRMAMOS** la citada resolución.

Sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, con certificación de esta sentencia, a los oportunos efectos.

Así por nuestra sentencia, la pronunciamos mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha, por el Ilmo./a Sr./a. Magistrado Ponente, celebrando audiencia pública. DOY FE.