

Id Cendoj: 24089370032007100003  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: León  
Sección: 3  
Nº de Recurso: 307/2006  
Nº de Resolución: 13/2007  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: LUIS ADOLFO MALLO MALLO  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

MATERIAS NO ESPECIFICADAS

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

LEON

SENTENCIA: 00013/2007

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION TERCERA

LEON

Apelación Civil núm. 307/06

Autos Juicio Modif. Medi. Definit. 1127/05

Juzgado de 1ª Instancia nº.4 de León.

***S E N T E N C I A N º. 13/07***

Iltrmos. Sres.

D. LUIS ADOLFO MALLO MALLO. Presidente

D. MIGUEL ÁNGEL ÁMEZ MARTÍNEZ . Magistrado

D. PILAR ROBLES GARCIA.- Magistrada.

En León, a doce de Enero de dos mil siete.

VISTO ante el tribunal de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial el recurso de apelación civil arriba indicado, en el que ha sido apelante D. Alvaro , representado por la Procuradora Dª Begoña Puerta Lozano y dirigido por el Letrado D. Hilario González Rodríguez y como apelada Dª Marina , representada por la Procuradora Dª Mª Luz Baños Vallejo y dirigida por la Letrada Dª Mª José Rocés. Actuando como Magistrado Ponente para este trámite el Ilmo Sr. D. LUIS ADOLFO MALLO MALLO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO: El Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº. 4 de León dictó sentencia en los referidos autos, cuya parte dispositiva, literalmente copiada dice así: "Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña María Luz Baños Vallejo en nombre y representación de Marina contra Alvaro y DESESTIMANDO la demanda reconventional formulada por la Procuradora de los Tribunales Doña Begoña Puerta Lozano en nombre y representación de Alvaro contra

Marina , debo declarar y declaro que se mantienen vigentes las medidas y efectos acordados en la sentencia de fecha de 8 de febrero de 2005 dictada en el juicio de divorcio tramitado en este Juzgado con el número 1.007 /05, a excepción de la referente al REGIMEN DE VISITAS que se establece en beneficio del padre, que quedará como sigue: A) DON Alvaro podrá visitar y tener en su compañía a su hijo Luis Carlos el primer fin de semana de cada mes, de viernes a domingo, desde las 17,00 horas del viernes y hasta las 20,00 horas del domingo, pero significando que los meses impares será el Sr. Alvaro el que se desplace a Inglaterra para estar con el menor mientras que los meses pares el menor será traído a León por la madre para que se desarrolle la visita, costeándose cada progenitor cuantos gastos conlleve el desplazamiento y estancia en cada caso. B) A mayores de los fines de semana que a cada progenitor le correspondiera de acuerdo al sistema establecido en el punto anterior, el padre podrá desplazarse a Inglaterra para estar con su hijo aquéllos fines de semana no coincidentes con el primero de cada mes cuyos viernes o lunes sean festivos o aquellos en los que el jueves o el martes también lo sean y el padre no trabaje el viernes o lunes anterior, siendo en este caso el padre el que corra con los gastos que se generen, bien se quede durante toda la estancia en Inglaterra o bien venga a León, en cuyo caso tendrá que regresar con él al término de estancia, comenzando la visita a las 17,00 horas del jueves y terminando a las 20,00 horas del lunes o martes. C) Asimismo podrá tener a su hijo una semana completa durante las vacaciones de Navidad, cinco días durante las de Semana Santa y cuarenta y cinco días durante las de Verano, aplicándose en cuanto a elección de periodos y antelación con que debe de comunicarse por uno a otro el período elegido lo resuelto en la sentencia dictada en el procedimiento de divorcio en los periodos vacacionales, será el padre el que vaya a buscar al niño a Inglaterra siendo la madre la que deberá de venir a León a recogerlo al término de la estancia. No se hace declaración alguna en materia de costas."

SEGUNDO: Contra la relacionada sentencia, que lleva fecha de 29-Marzo-06 se interpuso recurso por la parte apelante, por cuyo motivo se elevaron los autos a esta Audiencia, ante la que se personaron dentro del término del emplazamiento y en legal forma las partes litigantes y seguidos los demás trámites se señaló el día 8-enero-07 para deliberación.

TERCERO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales excepto el plazo para dictar sentencia previsto en el *art. 465.1 LEC de 2000* , de imposible cumplimiento debido a la acumulación de asuntos anteriores y preferentes pendientes en este tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acepta y da por reproducida la fundamentación jurídica de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- Sobre la guarda y custodia.-

Los litigantes contrajeron matrimonio el 2 de Septiembre de 2000, de cuya unión nació su hijo Teodoro el 15 de septiembre de 2002, encontrándose divorciados por sentencia de 8 de febrero de 2005 que, entre otras medidas, mantiene la atribución a la madre (Maia) de la guarda y custodia del hijo que se le había asignado en el previo Convenio Regulador de los efectos de la separación.

En el procedimiento que ahora nos ocupa se promueve por la representación de la madre la modificación de la medida referida al regimen de visitas establecido a favor del padre (José-Julio), quien reconviene solicitando se le atribuya la guarda y custodia del menor.

La pretensión reconventional es desestimada en la instancia, pronunciamiento que es impugnado por la representación de D. Alvaro quien insiste en reclamar para sí la guarda y custodia del hijo.

El motivo va a ser desestimado.

Como señala a reiteración la jurisprudencia emanada de las Audiencias Provinciales las medidas relativas a regular las situaciones derivadas de la nulidad, separación y divorcio se pueden adoptar por los propios cónyuges o, en defecto de acuerdo o de su aprobación, por el Juez, pero contemplándose a la hora de determinarlas el conjunto de circunstancias de toda índole concurrentes en ese tiempo. Así, tales medidas será inamovibles en la medida en que referidas circunstancias que determinaron su adopción permanezcan inalteradas o su cambio entre dentro de las previsiones iniciales de los cónyuges, o del Juez. Sin embargo sería injusto que se mantuviesen a ultranza tales medidas si se han modificado sustancialmente las circunstancias que aconsejaron su adopción. De ahí que el *Código Civil*, venga a reconocer de modo explícito tal realidad al prever en el *art. 90* que "las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias", retirándolo en el *art. 91* "in fine", al recoger

que las medidas que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, adopte el Juez en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, "podrá ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias."

La doctrina viene exigiendo para que tenga lugar tal modificación, los siguientes presupuestos:

a) Que haya tenido lugar un cambio en el conjunto de circunstancias consideradas al tiempo de adoptarse las medidas tanto por las partes como por el Juez.

b) Que tal cambio sea sustancia, o lo que es lo mismo, importante o fundamental, relevante.

c) Que la alteración o variación afecte a las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por las partes o el Juez en la adopción de las medidas e influyeron esencial y decisivamente en su contenido, constituyendo un presupuesto de su determinación.

d) Que la alteración o mutación evidencia signos de "permanencia" de modo que permita distinguirla de un cambio meramente coyuntural o transitorio de las circunstancias tenidas en cuenta en la adopción de las medidas.

e) Que resulte probado por la parte que insta la modificación.

f) A ello debe añadirse una última consideración, y es que cuando la modificación pretendida afecte a un "menor" el favor filis prevalece sobre cualquier otro criterio; así resulta del *art. 39 C.E.* desarrollado por los *arts. 2 y 11-2 L.O. de Protección Jurídica del Menor*, que proclaman el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. En el mismo sentido, los *art. 91 y 92 C.C.* proclaman que, por los casos de nulidad, separación o divorcio las medidas judiciales sean adoptadas "en beneficio" de los hijos".

La circunstancia sobrevenida ha consistido en el traslado del domicilio de la actora a su país de origen (Inglaterra), donde reside su familia (padres y hermanos) y donde ha encontrado una situación laboral estable.

La decisión de cambio de país de residencia y retorno a su país de origen adoptada por la madre del menor es absolutamente legítima y no puede ser cuestionada bajo ningún punto de vista, debiendo únicamente valorarse, a los efectos debatidos si dicho traslado resulta o no perjudicial para el menor.

Constan en la causa dos informes periciales aportados al procedimiento, el emitido a instancias del demandado por el Dr. Marcos (F. 31-48) y el emitido a instancias de la actora por D. Jose Luis (F.96-115).

El informe del Sr. Marcos sienta las siguientes conclusiones:

Consideramos que la estabilidad psicológica emocional, relacional, familiar, ambiental, escolar y social del menor Luis Carlos está genéricamente amenazada por la decisión unilateral de su madre de cambiarlo de país de residencia alejándolo con ello de su padre y de su entorno familiar y social habitual.

Este factor de estrés introducido en la vida del menor sería contrario a sus necesidades de estabilidad emocional y psicológica, tanto presentes como futuras, atenta contra el derecho del niño a seguir manteniendo relaciones plenas y significativas con sus dos padres y puede acarrear su desarraigo familiar y la pérdida de sus necesarios vínculos afectivos con su figura paterna.

En estas circunstancias no debe descartarse un cambio de titular de la guarda y custodia del menor para amparar su mejor interés.

De acuerdo con los datos que disponemos en la actualidad relativos al núcleo familiar Luis Carlos, la guarda y custodia monoparental paterna parecería ser la alternativa que mejor puede garantizar la continuidad y estabilidad psicológica, familiar, ambiental, escolar y social del menor Luis Carlos. El proyecto de custodia paterna, si se considera liberándose de prejuicios o inercias, representa en estos momentos la opción que mejor ampara las necesidades de estabilidad y maduración del menor al asegurar la continuidad de las condiciones que, hasta ahora, le han sido favorables.

Por su parte, el informe del Sr. Jose Luis concluye:

1.- La edad del niño (9 meses) cuando se separaron sus progenitores; el tiempo que ha vivido bajo la

guarda y custodia de la madre (hasta la fecha de la realización de este informe) y la vinculación afectiva lograda con el padre no custodio indican que ambos padres son figuras de apego ya muy bien establecidas y que servirán de "colchón emocional" para aquellas situaciones novedosas y/o conflictivas a las que el niño deberá enfrentarse a lo largo de su desarrollo.

2.- Si ambos progenitores consiguen mantener al niño al margen de la actual disputa, sin hablarle de cómo debe sentirse con el otro padre, ni de las bondades de un entorno en detrimento del otro, no se interferirá en el desarrollo del menor, mientras llega una decisión que en el mejor de los casos debería ser consensuada por los dos padres y, si esto no fuera posible, buscando la ayuda de un mediador familiar.

3.- Los deseos del menor de ver al padre no custodio, descartan, por definición el síndrome de **alienación parental**.

4.- El cambio del entorno materno (su marcha al Reino Unido) está justificado por la falta de trabajo en León, por la oferta de un empleo estable y bien remunerado, porque es su país de procedencia y porque allí tiene a su familiares. De continuar residiendo en León, sin un empleo, la ausencia de ingresos económicos sí que puede ser una causa de desajuste o de pérdida de oportunidades para el menor.

5.- El nuevo contexto materno, bien manejado (el niño acude a una guardería de 1 a 6 de la tarde, en la que por los informes aportados, está perfectamente integrado), según las pautas dadas, y probabilizando un contacto continuo con el padre a través del teléfono y/o de Internet (una webcam permitiría que se vieran mientras hablan, a coste cero), además de los periodos que pase con él, no perjudicará para nada el desarrollo del menor y dadas las mejoras económicas y sociales -apoyo de la familia- es altamente probable que mejore el desarrollo del menor.

6.- Los contactos telefónicos y cualquiera de las tres propuestas de visitas aseguran el mantenimiento y desarrollo de los vínculos paterno-filiales.

La sentencia combatida efectúa un extenso y crítico análisis de los informes referidos (Fundamentos de Derechos 7º y 8º), que en absoluto se ha revelado erróneo sino certero y compartido en esta alzada, al que nos remitimos en evitación de innecesarias repeticiones, concluyendo, en definitiva, que ningún elemento autoriza a afirmar que el cambio de residencia del menor y su madre resulte perjudicial para el menor o ponga en riesgo su desarrollo integral, por lo que no estaría justificado el cambio de custodia que se pretende.

**TERCERO.-** Sobre el regimen de visitas.-

Ciertamente el cambio de país del progenitor custodio es una circunstancia sobrevenida que incide sobre el regimen de visitas inicialmente previsto dificultando notablemente tanto por razón de la distancia como del coste que comportarán los desplazamientos.

Por eso el nuevo regimen de visitas que fija la sentencia apelada resulta ponderado y adecuado a las nuevas circunstancia tratando de conciliar los derechos del menor y del progenitor no custodio, distribuyendo adecuadamente los costes que el ejercicio del derecho de visitas va a comportar y señalando los tiempos con el designio de mantener una fluida relación del padre con el hijo, deseable en la medida en que resulta beneficiosa para el hijo, por lo que ha de mantenerse en sus propios términos el regimen de visitas que se detalla en el fallo de la sentencia combatida

**CUARTO.-** En atención a la naturaleza de la cuestión debatida no procede hacer imposición de las costas de la alzada.

VISTOS los preceptos legales invocados, sus concordantes y demás de aplicación.

## **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Alvaro contra la sentencia de fecha 29 de marzo de 2006, dictada por el Juzgado nº 4 de León, en los autos de Modificación de Medidas nº 1.127/05, debemos confirmar y confirmamos la sentencia apelada, sin condena en costas en la alzada.

Dese cumplimiento, al notificar esta sentencia, a lo dispuesto en el *artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial* y, con testimonio de la misma, devuélvase los autos originales al Juzgado de

procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado- Ponente que la dictó, estando el Tribunal celebrando audiencia pública en el día de la fecha, de todo lo que doy fe.