

Id Cendoj: 30030370012005100453  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Murcia  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 165/2005  
Nº de Resolución: 203/2005  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: FRANCISCO CARRILLO VINADER  
Tipo de Resolución: Sentencia

APELACIÓN CIVIL, ROLLO 165/05, SECCIÓN 1ª.

**S E N T E N C I A NÚM. 203/2.005.**

ILMOS. SRES.

D. FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER

PRESIDENTE EN FUNCIONES

D. ÁLVARO CASTAÑO PENALVA

Dª. FRANCISCA ISABEL FERNÁNDEZ ZAPATA

MAGISTRADOS

En la ciudad de Murcia, a uno de julio del año dos mil cinco.

Habiendo visto en grado de apelación la Sección Primera de esta Audiencia Provincial los autos de Juicio especial de modificación de medidas que con el número 261/04 se han seguido en primera instancia ante el Juzgado Civil número Tres de Murcia entre las partes, como actora y ahora apelante Dª. Lucía , representada por la Procuradora Sra. Pérez Capilla y defendida por la Letrada Sra. Galián Martínez, y como demandado y ahora apelado D. Manuel , representado por la Procuradora Sra. Bañón Arias y defendido por el Letrado Sr. Plazas Gómez. En ambas instancias interviene el Ministerio Fiscal al amparo de su Estatuto, en esta alzada como apelado, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don FRANCISCO JOSÉ CARRILLO VINADER que expresa la convicción del Tribunal.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de instancia citado con fecha 22 de noviembre de 2.004 dictó en los autos principales de los que dimana el presente rollo la sentencia cuya parte dispositiva dice así: "FALLO: Que desestimando la demanda presentada por doña Lucía , debo declarar y declaro que no ha lugar al cambio de guarda solicitado, condenando a la parte demandada al abono de las costas de esta instancia. El derecho de visitas y estancias de la Sra. Lucía en relación con sus hijos, se ejercerá, a partir de la fecha de la presente resolución, en los siguientes términos: Fines de semana alternos, desde las 17 horas del viernes (o desde la salida del colegio si fuera lectivo) hasta las 20 horas del domingo, y mitad de periodos vacacionales de Navidad (Primer periodo: desde las 20 horas del día 24 de diciembre a las 20 horas del día 31 de dicho mes; Segundo periodo: de las 20 horas del día 31 de diciembre, a las 20 horas del día 6 de enero) y Semana Santa (Primer periodo: desde las 20 horas del Lunes Santo a las 20 horas del Domingo de Resurrección; Segundo periodo: desde las 20 horas del lunes siguiente al Domingo de Resurrección a las 20 horas del domingo siguiente) y un mes en verano (julio o agosto) atribuyendo la facultad de elección al padre para el año en curso, alternando con la madre en los años sucesivos. La semana en la que no le corresponda a la actora ejercitar su derecho de visitas, podrá tenerlos en su compañía desde las 17 horas del viernes (o desde la salida del Colegio si fuera lectivo) hasta las 21 horas. El anterior régimen quedará automáticamente suspendido si la progenitora no se somete, en el plazo de 30 días contado desde la fecha de presente resolución, a terapia psicológica para superar sus actitudes alienadoras, debiendo a tal fin

designar un psicólogo de su elección que deberá ser previamente aprobado por este Juzgado. Idéntica suspensión podrá acordarse en ejecución de sentencia si somete a los hijos comunes a cualquier clase de intervención psicológica sin la previa autorización judicial o persiste en su comportamiento".

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, preparó recurso de apelación D<sup>a</sup>. Lucía , por discrepar de todos sus pronunciamientos. Admitido a trámite lo interpuso, solicitando que, previa exploración de los menores, se le otorgara la custodia de los mismos o se mantuviera idéntico régimen de visitas al que existía antes de plantear la demanda.

Después se dio traslado a la otra parte, quien presentó escrito oponiéndose y pidiendo la confirmación de la sentencia.

Por el Juzgado se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Primera donde se registraron con el número 165/05 de Rollo. Tras personarse las partes, por providencia del día 14 de junio de 2.005 se acordó la exploración de los menores y celebrar vista el 29 de junio, a la que comparecieron las partes, incluido el Ministerio Fiscal, que mantuvieron sus respectivas posiciones, tras lo cual fue sometida la causa a deliberación de la Sala.

TERCERO.- En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea demanda por la Sra. Lucía para modificar las medidas definitivas vigentes respecto de sus hijos matrimoniales, en concreto solicita que se le atribuya a ella la guarda y custodia de los hijos que tiene concedida el padre, D. Manuel , y que se le fije una pensión de alimentos de 700 euros mensuales a favor de los dos menores.

Se opone el demandado, que interesa la desestimación de la demanda. El Ministerio Fiscal no contesta.

Tras la práctica de las pruebas se dicta sentencia por la que, no sólo se desestima la demanda, sino que, a la vista del informe pericial del Gabinete del Juzgado, se restringe el régimen de visitas de la madre y se condiciona el mismo a que se someta a tratamiento, condenando en costas.

Recorre la actora todos los pronunciamientos y se funda para ello en no haber practicado el Juez la audiencia de los menores y en la falta de validez del informe del Gabinete.

Del recurso se da traslado a las otras partes, de las que se opone el demandado Sr. Manuel .

En esta segunda instancia se acordó por la Sala la exploración de los menores, que se llevó a cabo, tras lo cual, las partes, incluido el Ministerio Fiscal, informaron en defensa de sus pretensiones.

SEGUNDO.- Considera la demandante que sus hijos, por su edad (10 y 12 años), ya tienen juicio para saber con quién quieren vivir y siempre han manifestado, desde el año 1.998, su voluntad de hacerlo con la madre, lo que, por otra parte, es lo más beneficioso para ellos, pues ella puede dedicar más tiempo que el padre a su cuidado. Además, considera que el informe pericial del Gabinete es nulo, al no haber entrevistado la psicóloga a la madre y que no da razones lógicas de la manipulación de los menores por la madre. Entiende que la Sala debe explorar a los menores antes de dictar sentencia.

El padre se opone al recurso y solicita la confirmación de la resolución apelada.

La primera cuestión que hay que tener en cuenta es que el litigio se basa en la supuesta voluntad de los menores, a la que quiere darse una trascendencia absoluta, cuando no es eso lo que prevé la norma.

El artículo 92 del Código civil establece, en su párrafo segundo, que "las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años". Lo que establece el precepto es la primacía del interés del menor sobre otros intereses en conflicto, y lo fija como principio en la adopción de toda clase de medidas que les afecten. Por supuesto, lo que no dice el comentado artículo es que su voluntad haya de ser seguida por los Tribunales, pues oírles no es sino una manera más de formar la convicción del Juez sobre lo que les conviene.

No puede ser de otra manera, pues su minoría de edad determina que carezcan de una formación

completa y deben tutelarse sus deseos, que pueden no ser beneficiosos para ellos, de ahí la existencia de instituciones como la patria potestad o la tutela y del comentado precepto y la Ley de Protección Jurídica del Menor.

En el presente caso, cuando se interpuso la demanda de modificación ni siquiera los menores tenían la edad de doce años, y al examinarse este recurso sólo uno de ellos la superaba ligeramente.

Es cierto que el Juez a quo no los examinó directamente, pero sí lo hizo por medio del Gabinete del propio Juzgado, por personal especializado que le informó sobre el resultado de su actuación. Incluso el apelado sostiene que el propio Juez estuvo presente en las entrevistas de los menores por los técnicos del Juzgado, pero sea o no así, se cumple con la exigencia normativa de oír a los menores cuando se hace a través de los profesionales del Juzgado.

Además, esta Sala ha practicado la exploración directa de los menores y lo que ha podido detectar es lo mismo que consta en el informe pericial: unos niños afectados por el conflicto existente entre sus padres, retraídos ante los profesionales de los Tribunales, temerosos de que sus respuestas puedan ser valoradas en uno u otro sentido en contra de sus padres y esquivos en contestaciones concretas.

De lo que no cabe duda es de que el informe pericial detecta, una vez más, que en sus respuestas hay datos que no son propios de su edad, con una valoración totalmente negativa del entorno paterno en temas que no pueden sino haber sido expuestos ante ellos por su madre, lo que ha creado un conflicto serio de lealtades en los menores y desembocado en un episodio de **alienación parental**, claramente detectado por las profesionales del Juzgado que ha dado lugar a la inmediata adopción de medidas protectoras por el Juez a quo, ante lo que resulta indiferente que fuera la madre la que hubiera iniciado el proceso y que el padre no pidiera esa restricción, pues tales medidas pueden y deben ser adoptadas de oficio por el Juez, como resulta del *artículo 158 del Código civil*.

TERCERO.- La pretendida nulidad del informe del Gabinete Psico-Social del Juzgado de Familia se basa en que la psicóloga no se ha entrevistado con la madre, y sí lo hizo la trabajadora social, pero ese dato resulta totalmente intrascendente para la validez del informe, pues la psicóloga expuso, en su comparecencia al juicio, que la distribución de tareas como la comentada es la habitual en ese tipo de trabajos y que ella tuvo a su alcance todos los datos recabados por su compañera, habiendo elaborado entre ambas las conclusiones que se expresan en el informe escrito, que ratifican las dos a presencia judicial.

Por lo tanto, su resultado es plenamente válido y resulta contundente, justificando las conclusiones de la sentencia, pues no es cierto que la psicóloga no diga de manera terminante que deba restringirse el régimen de visitas, muy al contrario, así lo sostiene expresamente, pese a que la Letrada que la interroga no le deje terminar las respuestas cuando le resultan contrarias a lo que le interesa. Tampoco es verdad que no razonara sus conclusiones, pues sus declaraciones orales han de completarse con el informe escrito.

Todo ello lleva a que deba rechazarse el recurso planteado.

CUARTO.- La desestimación del recurso lleva consigo que deban imponerse las costas de esta segunda instancia a la apelante, tal y como establece el *artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

En cuanto a las de la primera instancia, pese a que la sentencia razona en su Fundamento Jurídico que deben imponerse a la parte cuyas pretensiones son totalmente desestimadas (esto es, a la actora), en el fallo se comete un error de escritura cuando se dice que se condena a "la parte demandada", por lo que hay que rectificarlo en el sentido de que la condenada es la parte demandante.

VISTOS los artículos citados y los de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Pérez Capilla, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Lucía, contra la sentencia dictada en el procedimiento de modificación de medidas provisionales seguido con el número 261/04 ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Murcia, y estimando la oposición al recurso sostenida por el Ministerio Fiscal y por la Procuradora Sra. Bañón Arias, en nombre y representación de D. Manuel, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha sentencia, con la aclaración de que la condena en costas de la primera instancia es a la demandante, imponiendo al apelante las causadas en esta alzada.

Notifíquese la sentencia y llévese certificación de la misma al rollo de esta Sala y a los autos del Juzgado, al que se devolverán para su ejecución y cumplimiento.

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