



Roj: **SAP LU 448/2017 - ECLI: ES:APLU:2017:448**

Id Cendoj: **27028370012017100245**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Lugo**

Sección: **1**

Fecha: **24/07/2017**

Nº de Recurso: **74/2017**

Nº de Resolución: **264/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ZULEMA GENTO CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

LUGO

00264/2017

N10250

PLAZA AVILÉS S/N

-

Tfno.: 982294855 Fax: 982294834

MP

N.I.G. 27057 41 1 2016 0003753

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000074 /2017

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000309 /2016

Recurrente: Lorenza , Dionisio

Procurador: MARIA LUISA LOPEZ VIZCAINO, OLGA GARCIA GARCIA

Abogado: MARIA JOSE GARCIA ARIAS, CRISTINA VAZQUEZ LOPEZ

Recurrido:

Procurador:

Abogado:

SENTENCIA Nº 264/2.017

Ilmos Magistrados-Jueces Sres/as.:

DOÑA MARIA ZULEMA GENTO CASTRO

DON DARIO ANTONIO REIGOSA CUBERO

DOÑA EVA ABADES MACIA

En LUGO, a veinticuatro de julio de dos mil diecisiete

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de LUGO, los Autos de **MODIFICACION DEMEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000309/2016** , procedentes del XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.1 de DIRECCION000 , a los que ha correspondido el **Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000074 /2017**, en los que aparecen como partes apelantes-apeladas **DOÑA. Lorenza** , representada por



la Procuradora de los tribunales SRA. MARIA LUISA LÓPEZ VIZCAÍNO, asistida por la Abogada Doña. MARIA JOSE GARCÍA ARIAS, y **D. Dionisio** , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. OLGA GARCÍA GARCÍA, asistido por la Abogada Doña. CRISTINA VÁZQUEZ LÓPEZ, y como parte apelada, **EL MINISTERIO FISCAL** , siendo Magistrada ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ZULEMA GENTO CASTRO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el XDO.1A.INST.E INSTRUCCIÓN N.1 de DIRECCION000 , se dictó sentencia con fecha 3 de Noviembre de 2016 , en el procedimiento del que dimana este recurso.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que desestimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. García García, en nombre y representación de D. Dionisio , contra Dña. Lorenza , debo absolver y absuelvo a la demandada de las pretensiones frente a ella deducidas. Que desestimando la reconvenición deducida por la procuradora Sra. López Vizcaíno, en nombre y representación de Dña. Lorenza , contra D. Dionisio , debo absolver y absuelvo al demandante-reconvenido de las pretensiones frente a él deducidas. Las costas procesales generadas por la demanda se imponen al actor, mientras que las devengadas por la reconvenición se imponen a la demandada-reconviniente.", que ha sido recurrido por la parte Lorenza Y Dionisio .

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma se continuaron los trámites legalmente establecidos

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia apelada en cuanto no contradigan los que se expresan a continuación.

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia de 3 de noviembre de 2016 que desestima la demanda de modificación de medidas definitivas, formulan recurso de apelación ambas partes litigantes.

La parte demandada reconviniente alega error en la apreciación de la prueba respecto de la situación económica de la contraparte, solicitando la estimación de la demanda reconvenicional y que, por tanto, se fije la pensión alimenticia de sus dos hijos menores de edad en la suma mensual para ambos de 500 euros.

La parte demandante reconvenida fundamenta su recurso en el error en la valoración de la prueba que lleva a la juzgadora a declarar que no existe alteración sustancial de las circunstancias que puedan dar lugar a la modificación de las medidas solicitadas, y considera que la actividad probatoria constata no solo la existencia de tales modificaciones sustanciales sino que el superior interés de los menores cuya guardia y custodia pide que se le atribuya, aconseja el cambio solicitado.

SEGUNDO.- El enjuiciamiento del presente recurso de apelación, en atención a la discrepancia existente entre los progenitores acerca del régimen de custodia de los hijos comunes, que cuentan con 12 y 14 años de edad respectivamente, exige que haya de tenerse en cuenta primordialmente el superior interés del menor, concepto jurídico indeterminado que ha sido desarrollado por la jurisprudencia, que lo define como la suma de los distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de los progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.

Así la STS (1^a) 13.02.2015 después de recordar que " *La Constitución Española de 1978, al enumerar los principios rectores de la política social y económica, menciona, en primer lugar, la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social económica y jurídica de la familia y dentro de esta, con carácter singular, la de los menores*" , considera que en toda la normativa internacional, estatal y autonómica que trata el tema "*late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales.*"

Según la observación general nº 14 (2013) del Comité de los derechos del niño en al ámbito de las Naciones Unidas, el interés superior del niño tiene tres dimensiones «A) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su

interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. B) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño...C) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales...».

También el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir."

Y es, por tanto, el superior interés de los menores, Pascual e Vicente, el que ha de regir en este caso la decisión acerca de si debe mantenerse la atribución de la guardia y custodia de la madre acordada en la sentencia de divorcio con el régimen de visitas establecido a favor del padre o si procede la modificación como sostiene este progenitor.

TERCERO.- La exploración de los dos menores, Pascual, de 14 años, e Vicente, de 12 años, muestra, sin lugar a dudas, la preferencia de los menores de trasladar su domicilio a Valencia, donde residen su padre y sus abuelos maternos, así como otros familiares y amigos; y dicho deseo aparece justificado por ambos niños convenientemente, no como mero capricho, en atención a que mientras viven en DIRECCION000 se encuentran solos la mayor parte del tiempo como consecuencia del horario de trabajo de su madre.

Los dos menores señalaron que se llevan bien con sus progenitores, sin demostrar preferencia por convivir con uno o con otro de ellos, pero mostraron su preocupación porque las condiciones laborales de la madre les impiden estar en compañía de un adulto la mayor parte del tiempo en que no están en el instituto, esto es, desde que terminan su horario lectivo por la mañana (con excepción de los lunes en que comen en el centro escolar porque su jornada lectiva continúa por la tarde), teniendo que prepararse ellos mismos la comida y permaneciendo solos hasta que su madre regresa al domicilio familiar a última hora de la tarde. Esta circunstancia hace que prefieran trasladarse a vivir a Valencia, donde ya han residido con anterioridad y conservan sus amistades, porque podrían estar más tiempo en compañía de su padre, con una mejor disponibilidad horaria, y de sus abuelos maternos, con los que mantienen una relación afectiva importante.

En atención a lo expuesto, consideramos que el interés superior de los menores aconseja acceder al cambio de la atribución de la guardia y custodia solicitada por D. Dionisio, por ser una cuestión de orden público cuya adopción en un procedimiento contradictorio de familia respeta los intereses y derechos de las partes intervinientes, así como el deseo justificado de ambos adolescentes, y que conllevará asimismo que se establezca a favor de D^a Lorenza el régimen de visitas que venía disfrutando el padre; y el establecimiento de una pensión alimenticia a su cargo de 120 euros mensuales para cada hijo, en atención a su situación económica.

En consecuencia procede la estimación del recurso de apelación interpuesto por D. Dionisio y la desestimación del interpuesto por D^a Lorenza.

CUARTO.- No procede la especial imposición de las costas procesales en atención a la clase de procedimiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Se estima el recurso formulado por la representación de D. Dionisio y se desestima el recurso interpuesto por la representación de D^a Lorenza.

Se revoca la sentencia recurrida y se estima la demanda rectora de las presentes actuaciones, y en consecuencia se atribuye al demandante la guardia y custodia de los menores Pascual e Vicente, estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre y una pensión alimenticia a su cargo en los términos



indicados en la fundamentación jurídica de esta resolución, sin que proceda la imposición de las costas de la instancia.

No se hace condena en costas de esta alzada.

Déseles a los depósitos el destino legal si se hubiesen constituido.

Contra dicha resolución no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que pueda interponerse el recurso extraordinario de casación o por infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo caso el plazo para la interposición del recurso será el de veinte días, debiendo interponerse el recurso ante este mismo Tribunal.

Y al Juzgado de procedencia, líbrese la certificación correspondiente con devolución de los autos que remitió.

Así por esta sentencia de la que se llevará certificación al rollo de apelación, lo pronuncio, mando y firmo.

FONDO DOCUMENTAL CENDOU