

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N°**

**11**

Avenida Pedro San Martín S/N

Santander

Teléfono: 942357038

Fax.: 942357039

Modelo: FC025

Proc.: **FAMILIA. MODIFICACIÓN**

**MEDIDAS SUPUESTO**

**CONTENCIOSO**

Nº: **0000141/2011**

NIG: 3907542120110002184

Materia: Obligaciones

Resolución: Sentencia 000435/2012

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante

Demandado

**S E N T E N C I A n° 000435/2012**

**MAGISTRADO-JUEZ QUE LA DICTA:** DON/DOÑA AIDA BARREDA GÓMEZ

**Lugar:** Santander.

**Fecha:** 28 de septiembre de 2012.

**PROCEDIMIENTO:** Familia. Modificación medidas supuesto contencioso, 0000141/2011

**PARTE SOLICITANTE:** D<sup>a</sup>

**Procurador:** D. JOSÉ LUIS AGUILERA SAN MIGUEL/LETRADA D<sup>a</sup> CARMEN BUENO LÓPEZ

**PARTE DEMANDADA:** D.

**Procurador:** D. ALFONSO GARCÍA GUILLÉN/LETRADO D<sup>a</sup> PAZ CRUZ JIMÉNEZ

MINISTERIO FISCAL

**OBJETO DEL JUICIO:** Modificación medidas supuesto contencioso.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Por D. JOSÉ LUIS AGUILERA SAN MIGUEL, Procurador

de los Tribunales, en nombre y representación de D<sup>a</sup> interpuso demanda de modificación de medidas contra D., solicitando el cambio de custodia de la menor y subsidiariamente el régimen de visitas para la madre.

**SEGUNDO:** Habiendo formulado contestación la parte demandada dentro del plazo que se le ha otorgado, se interesa la desestimación de la demanda.

**TERCERO.-** Señalado término para la vista, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en autos.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Los litigantes mantuvieron en el pasado una relación sentimental, fruto de la cual nació una hija, , el 8 de Abril de 2008. Por sentencia de divorcio, dictada el 21 de Abril de 2010 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 11 de Santander se otorga la guarda y custodia de la menor a su padre, siendo confirmada por la Audiencia Provincial , añadiendo a las visitas, además de los dos días inter semanales y en vez de un fin de semana al mes, fines de semana alternos.

Para que se proceda a la modificación de una medida adoptada en un proceso de nulidad, separación o divorcio, conforme a reiterada jurisprudencia de cita excusada por ser sobradamente conocida, que interpreta el artículo 91 del Código Civil , es preciso que se haya producido una alteración sustancial de circunstancias en relación con las que se tuvieron en cuenta cuando la medida fue adoptada, es decir, una alteración relevante y significativa, o lo que es lo mismo, que se trate de circunstancias sobrevenidas, de notoria entidad, que sean imprevistas, surgidas de acontecimientos ajenos a las partes y sin posibilidad de previsión anticipada, que no sean coyunturales, sino permanentes y estables en el tiempo. Es preciso que lo que acaece sea imprevisto, o imprevisible, lo que excluye aquellos supuestos en que, al tiempo de establecerse la medida, ya fue tenida en cuenta una posible de las Circunstancias. "En esta línea, viene siendo criterio de la jurisprudencia que las medidas complementarias establecidas en un pleito matrimonial, de separación, divorcio o nulidad, bien sea de mutuo acuerdo ya contradictorio, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias: y ello ha de implicar para el éxito de la pretensión modificadora deducida, una alteración de los datos y factores sobre los que se asentó la resolución judicial, y ello en forma tal que los pronunciamientos de la misma no respondan ya a la realidad subyacente, originándose una lesión de los derechos de los litigantes o de los hijos sometidos a custodia, siempre que además dichas circunstancias no sean propiciadas voluntariamente por alguna de las partes, precisamente aquella que insta el proceso modificadorio, y se imponga de forma imprevisible, no pudiendo, en consecuencia, encuadrarse en las antedichas previsiones legales, aquellas que ya fueron contempladas, en visión de futuro, al momento de dictarse la resolución judicial que se intenta, o se intuyera su advenimiento en un elemental cálculo previsor.", siendo que la posibilidad contemplada en el inciso final del artículo 91 del Código Civil no implica una derogación de los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada que rigen en todo procedimiento civil, ya que dicho precepto no permite la revisión arbitraria de resoluciones firmes subsistiendo las mismas circunstancias que las determinaron, y si cuando las medidas acordadas se revelen como ajenas a la realidad subyacente por haber experimentado una sustancial mutación los factores concurrentes en su momento, no prevista entonces y ajena a la voluntad de quien insta la referida modificación y requiere la concurrencia de las siguientes

circunstancias: que las alteraciones sean verdaderamente trascendentes, fundamentales y no de escasa o de relativa importancia, que sean permanentes o duraderas y no coyunturales o transitorias, que no sean imputables a la simple voluntad de quien insta la modificación y que no hubieran sido previstas por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que fueron establecidas.

La decisión de asignar la custodia del hijo a uno u otro progenitor, en caso de crisis de su unión, y reclamando ambos dicha función, se hace sumamente difícil.

Con esta perspectiva hay que examinar la prueba practicada teniendo en cuenta como presupuesto inicial que cualquiera de los dos progenitores son en principio aptos para la atención y cuidado de los menores.

Pues bien, del estudio de las actuaciones, del examen detallado de cada prueba y valorada toda ella en su conjunto y objetivamente se sigue la hermenéutica interpretativa apreciada por el Ministerio público, entendiéndose que lo más aconsejable para los hijos sea un cambio en el ejercicio de la guarda y custodia.

Hay que insistir en que cualquier medida que se adopte respecto de los hijos menores ha de venir condicionada por la perspectiva que permita dilucidar qué es lo más favorable para los mismos ("favor filii"), y por lo tanto prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores contendientes, se trata en el caso de autos de decidir cuál es el ambiente más favorable para la hija.

Ambos padres se encuentran capacitados para ostentar la guarda y custodia de los menores. Los motivos argüidos por la parte actora para justificar la modificación se fundan en el uso exclusivo y abusivo del progenitor custodio en el ejercicio de la patria potestad.

Precisar de entrada mi desacuerdo con el anterior juzgador con la separación de una niña de escasos meses de edad de su progenitora, en unas condiciones perfectamente normales y con la distancia existente entre Cataluña y Cantabria, lugar en el que ambos tienen trabajo fijo respectivamente en las Fuerzas de Seguridad del Estado y Autonómicas y con escasa posibilidad de movilidad, no considerando "inopinada" la decisión de la madre de venir a Santander con la menor, siendo éste el lugar donde vivía su familia y contando la menor con escasos meses y por ende no causándole ningún perjuicio. A mi entender se causa un mayor perjuicio a una niña de meses y con lactancia materna separándole de su progenitora que de su padre, sus abuelos paternos y la ciudad en la que ha nacido y más aún si tal y como se expresa en la sentencia existe paridad de situaciones entre ambos progenitores.

No obstante no son ahora objeto de debate los hechos que condujeron a dictar la sentencia ya firme y confirmada por la Audiencia al considerar que la menor estaba perfectamente adaptada al entorno familiar en y considerando lo más beneficioso en interés de la menor continuar con la custodia paterna.

En primer término de la prueba practicada en la vista se colige que la menor, que ahora cuenta con cuatro años de edad está perfectamente adaptada, manteniendo una relación con su progenitor y familia paterna adecuada. Así lo demuestra el informe final de curso adjuntado a la contestación.

En ningún momento se duda de tales afirmaciones. La cuestión objeto de litis consiste en dilucidar si efectivamente existe un ejercicio abusivo de la patria potestad por parte del progenitor custodio y si realmente pretende anular la figura materna y provocar el síndrome de alienación parental, lo que sí iría en detrimento de los intereses de la menor.

Tras la extensa vista celebrada y examinada la documental adjunta se traerán a colación todos los extremos impetrados por la parte actora y negados por la parte demandada para intentar fallar lo que sea más conveniente en interés de la menor, teniendo en cuenta que el principio de favor filii es el que debe prevalecer en éste tipo de procedimientos.

Así lo exige el principio constitucional de protección integral de los hijos a tenor del artículo 39.2 de nuestra Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York, por la asamblea general de las Naciones Unidas de 20 de Octubre de 1989 y ratificada por España por medio de Instrumento de fecha 30 de Noviembre de 1990, B.O.E., 313, de 31 de Diciembre de 1990.

Resulta acreditado en los interrogatorios y en la documental adjuntada con la contestación que D<sup>a</sup> se ha visto custodiada por la policía local de en las entregas y recogidas que ha realizado de su hija desde que el Sr tiene asignada la custodia.

En la sentencia de 21 de Abril de 2009 en ningún momento falla que las entregas y recogidas se hagan por mediación de Policía alguna, ni siquiera por medio de un punto de encuentro familiar. Es más en los razonamientos jurídicos de las medidas adoptadas se expone que se aportan informes de ambos progenitores que no ponen en duda su capacidad para ser buenos padres, existiendo paridad de situaciones e idoneidades.

La cuestión no resulta baladí si observamos que al encargar los servicios de la Policía Local, el progenitor custodio está empleando una aña gaza urdida para evitar que la menor tenga una relación normalizada con su madre. Su fin es proyectar una imagen distorsionada de la progenitora intentando hacer ver a la niña la necesidad de estar custodiada por Policías Locales cada vez que su madre acude a su encuentro.

Pese a los intentos infructuosos de la progenitora de poner fin a la citada situación, acudiendo al Ayuntamiento de y al Defensor del Pueblo, son múltiples los informes emitidos por la Policía Local, tal y como constan en autos, considerando grave tal situación. Si el progenitor pensara en el interés de su hija procuraría que las visitas con su progenitora fueran fluidas, sin intermediarios que hagan pensar a su hija que su madre es alguien peligroso o extraño que requiera asistencia policial para recogerle, máxime cuando no

exista ningún mínimo indicio de violencia física o psíquica hacia la menor y cuando ninguna autoridad judicial lo haya fallado.

El Sr y su entorno están ejerciendo, desde hace años, una transformación de la conducta de la niña, con objeto de destruir sus vínculos con su madre. Estas estrategias han incluido desde no enseñarle castellano hasta que ha acudido al colegio, pasando por la deformación de la realidad de tal modo que sea muy difícil discriminar que parte es cierta o no y llegando hasta solicitar a los servicios médicos del Departament de Salut de la Generalitat que se bloqueen todas las tramitaciones que se puedan hacer de su hija tanto médicas como documentales con el fin de que como representante **sólo él** tenga acceso a los datos, exceptuando los equipos médicos (véase documento nº 14 adjuntado en el acto de juicio).

Se adjunta certificado del ISFAS en la que se detalla que la niña permaneció dada de alta hasta el día 15-10-2009, que fue dada de baja a petición expresa de su padre, por tener asignada la custodia de la menor.

Sin perjuicio de las versiones contradictorias en el ámbito médico, lo que resulta adverbado en la causa es que D<sup>a</sup> presenta una queja ante "AL DEPARTAMENT DE SALUT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA" por un incidente en el que, antes de hacer una necesaria valoración de urgencia de la menor, se le comunica que **tienen instrucciones concretas que figuran en el historial médico que les impiden atender la urgencia sin estar el padre presente o su consentimiento expreso**, comunicándole que tras intentar ponerse en contacto telefónico con él y no contestar pidió el historial médico de su hija denegándosele porque necesitaban el consentimiento del progenitor.

Los motivos argüidos por el demandado obedecen a que ese mismo día él había sufrido un accidente.

En todo caso es indiferente que él pudiera o no contestar a la llamada telefónica. Lo importante es el abuso en el ejercicio de la patria potestad y el modo sigiloso de tomar decisiones en exclusiva con absoluta dejación de funciones de la progenitora. Tales hechos se acreditan en la contestación a la queja que emite la Directora del Área Básica de Salut de, en la que se pide disculpas ante el malentendido por parte de un administrativo que trabajaba en el centro que puso un flash administrativo en la ficha de su hija, sin potestad para hacerlo, que posteriormente generó una serie de actuaciones por parte del resto de profesionales, que en ningún momento tenían que haber ocurrido. Lo relevante de la situación es la causa por la que el citado administrativo tenía tales instrucciones. (Véase documento nº 1 adjuntado por la actora en la vista y el documento 6,2 incorporado a la demanda).

A mayor abundamiento existe una escasa colaboración en el derecho de visitas de su progenitora. Si el Sr no supeditara el interés de su hija al suyo propio tendría en cuenta que son muy escasas las ocasiones en las que la madre puede ver a su hija dado su horario laboral y la lejanía entre los domicilios y propiciaría que se vieran cuantas veces fuere a Cataluña, sin perjuicio del estricto régimen que imponga una sentencia. Debería pensar que los

problemas de quienes viven este tipo de situaciones van a ser un empobrecimiento en distintas áreas de su personalidad por la sensación de pérdida de una de las principales figuras de apego, tal y como es la figura materna.

Si la progenitora no puede acudir un fin de semana estipulado porque en su condición de Guardia Civil ha de ajustarse a un calendario laboral, el progenitor no le permite disfrutar del siguiente "porque no le corresponde", no pensando en el interés de la menor que puede estar dos semanas sin ver a su progenitora.

Los constantes problemas son acreditados por, compañero de trabajo de D<sup>a</sup> que le acompaña en una ocasión a Cataluña. Igualmente existen sucesivas denuncias en los Juzgados de Instrucción de y un procedimiento de ejecución de sentencia seguido ante el presente juzgado en el que el anterior juzgador, el mismo que dictó la sentencia que se pretende modificar, dicta y ratifica un auto despachando ejecución, auto que es confirmado por la Audiencia Provincial detallando que la elección de los periodos vacacionales por el Sr debe ser notificado con suficiente antelación , obviando modificaciones sorpresivas y abusivas, en perjuicio de la contraparte.

Resulta igualmente acreditado con la documental adjunta que la progenitora ha tenido sucesivos problemas para ponerse en contacto con la guardería en la que estaba matriculada hasta Junio de 2011. No existe comunicación entre ambos. Tampoco ha intervenido la progenitora en la decisión de llevarle a clases extraordinarias, desconociendo en qué consisten. En la vista expresa que el horario es excesivo, teniendo en cuenta su corta edad. A la edad de cuatro años no suelen ser frecuentes las clases extraordinarias y en su caso si se decide "unilateralmente" fijarlas se pueden llevar a cabo cualquier otro día de la semana que no sea precisamente el viernes hasta las 18.30 horas para reducir así el horario de visitas de la progenitora.

La falta de comunicación con la progenitora para decidir cuestiones que forman parte de la órbita de la patria potestad, ha llevado a la misma al extremo de dirigirse al arzobispado de para conocer si su hija ha recibido el Santo Sacramento del Bautismo, pues tiene la intención de celebrarlo y tras ponerlo en conocimiento del Sr sin obtener respuesta, quiere evitar duplicidades. (documento nº 19 adjuntado a la vista)

Son múltiples las ocasiones en las que al Sr no le funciona el móvil.

Finalmente se advierte que el demandado ha solicitado y obtenido por la Generalitat de Catalunya el **reconocimiento de la condición de familia monoparental** (documento nº 28 de la contestación). Examinados los requisitos para la obtención del reconocimiento de monoparentalidad, se desconoce la causa por la que se le concede tal beneficio, al no cumplir una de las condiciones consistentes en no percibir pensión alimenticia. El Sr percibe mensualmente 300 € de la Sra en concepto de pensión alimenticia para su hija, acreditándose en la causa su pago efectivo.

Conforme a lo estipulado en el **Decreto 151/2009** de apoyo a las familias, **en Cataluña el reconocimiento de monoparentalidad le permite el ejercicio exclusivo de la patria potestad** (documento nº 22 aportado en la vista por la actora). Es por tal motivo por lo que existen múltiples malentendidos con los distintos ámbitos de la Administración Catalana en el ejercicio de la patria potestad por la progenitora.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto se acredita en el documento nº 27 adjuntado a la vista por la parte actora que , **en Octubre de 2009, teniendo la custodia de y siendo Mozo de Escuadra se presenta a oposiciones en Islas Baleares para acceder al Cuerpo de Policía Local**, con su amigo, que de haber aprobado le hubiere vinculado al citado lugar al ni siquiera tener carácter nacional, lo que acredita de nuevo el ánimo de separar a su hija de su progenitora.

En nuestro Derecho interno, el Código de Familia no determina con claridad las funciones inherentes a la patria potestad, diferenciándolas de las que corresponden a quien ostenta los derechos de custodia exclusiva, ni determina a cuál de los progenitores -en caso de conflicto- corresponde decidir el lugar de residencia del menor, por lo que se hace precisa una labor de delimitación del contenido de ambas figuras y de los derechos y obligaciones que comprende cada una de ellas en cuanto, en la inmensa mayoría de los casos, sólo uno de los progenitores tiene atribuida la custodia del menor, aunque ambos ejerzan conjuntamente la patria potestad sobre el mismo. En los casos de ruptura convivencial de los progenitores, el guardador precisa, respecto a la decisión sobre el cambio de residencia habitual de un menor y para su adopción, del consentimiento del no custodio, o, en su defecto, autorización judicial. La función (derecho-deber) de velar por los hijos menores es atribuida por el art. 137.1. del CF a quienes ejercen la patria potestad sobre los mismos; ese deber -y a la par facultad- de velar por los hijos no corresponde de manera exclusiva al progenitor guardador. Para el adecuado ejercicio de dicha función por el no custodio es evidente que el mismo tiene derecho a estar plenamente informado por el otro de todas las incidencias de importancia que afectan a la vida, salud, educación y formación del menor en todos los órdenes y a participar en la toma de decisiones sobre cuestiones o asuntos de importancia que afecten a la vida, salud, educación y formación integral del menor. Y no cabe duda de que la decisión de cambiar el lugar de la residencia habitual del menor es una decisión de suma trascendencia como para no comunicarlo a la progenitora.

La STS de 2 de julio de 2004 señala que el cambio del lugar de residencia habitual de un menor, con traslado de su domicilio a otra población y subsiguiente cambio de colegio o institución de enseñanza, es una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor, y no puede calificarse como ordinaria o habitual en el seno de la familia, puesto que resulta excepcional conforme a los usos sociales, y, por ello, tal decisión debe encuadrarse dentro de los que la doctrina ha denominado, actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, que deben ser realizados **conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro**. Bajo esta perspectiva, resulta

indudable que el cambio de domicilio de un menor es un acto incardinable entre los de ejercicio extraordinario de la patria potestad, tanto por su trascendencia como por su falta de habitualidad y cotidianeidad, que lo convierten en un acto de carácter excepcional y de suma importancia para la vida del propio menor y la de su familia. Salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, el padre o la madre que ejerza la patria potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de educación, para cambiar el domicilio del hijo o hija menor cuando lo aparte de su entorno habitual.

Por lo expuesto, se entiende que existe una modificación sustancial de las circunstancias que permite la atribución de la custodia a la madre. De lo contrario, el uso exclusivo en el ejercicio de la patria potestad por el progenitor generará en la menor un vínculo basado en la dependencia emocional del padre y el distanciamiento de su madre. Esto puede producir en la niña a medio-largo plazo un empobrecimiento de sus habilidades sociales y de la capacidad empática, un aumento de las conductas disruptivas y disminución del control de impulsos.

La adopción de todas las medidas posibles para lograr de forma progresiva la reanudación de la relación madre-hija, manteniendo la guarda y custodia del padre, dada la relación afectiva y la integración social familiar y escolar que la menor tiene en el entorno paterno, ha resultado inviable por la actitud decidida del progenitor de que no exista relación normalizada entre la madre y la menor. De los datos de hecho expuestos resulta que desde que se dictó la Sentencia de guarda y custodia los contactos de la madre con la menor han sido puntuales, dada la negativa del padre a que tenga una relación normalizada con su madre, conducta que desde luego constituye un reiterado incumplimiento del padre de las obligaciones derivadas del régimen de visitas y de comunicación establecido en la resolución judicial y un abuso en el ejercicio de la patria potestad que ha venido siendo ejercido en exclusiva.

Se cumple por tanto el presupuesto de hecho que de conformidad con lo dispuesto en el art. 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puede dar lugar a la modificación del régimen de guarda.

El Sr. en lugar de fomentar y alentar el respeto y amor hacia el otro progenitor, el padre y su entorno, con diversas estrategias, desde hace años, están provocando una transformación de la conducta de la niña, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con su madre. Estas estrategias han incluido desde lo más simple como decirle a la progenitora que no le dé a la niña determinados yogures sin más explicación al considerar "ser cosa suya" a otros más graves como conseguir la monoparentalidad con los efectos que tiene en Cataluña o custodiar a la madre con Policía Local cuando visita a su hija, impidiendo que se desarrolle con normalidad. La conducta del padre está perjudicando gravemente a la menor, a la que no solo está privando de su derecho a relacionarse y a estar con su madre, sino que está destruyendo uno de los referentes básicos en el desarrollo y formación integral de la menor, cual es la figura materna, con las perniciosas consecuencias en la formación de su personalidad que la falta de la figura y presencia materna puede generar: empobrecimiento en distintas áreas de su personalidad por la sensación de

pérdida de una de las principales figuras de apego, generación innecesaria de temor, ansiedad y miedo, situaciones que crean en los menores vínculos basados en la dependencia emocional y el temor hacia su madre.

La única solución posible para conseguir que se normalicen las relaciones de la menor con ambos progenitores y sus respectivos entornos familiares es acordar el cambio de guarda y custodia solicitada por la madre, a la que se ha adherido el Ministerio Fiscal. Procede acordar que la guarda y custodia se ejerza por D<sup>a</sup>, con la ayuda inicial, por el menor tiempo posible, de su madre (que va a jubilarse en poco tiempo) y familia extensa. Para que la madre y la hija desarrollen vínculos afectivos, es preciso que la progenitora participe de forma activa y se implique en la atención directa y personalizada de la menor, procurando no delegar en terceros; debiendo, incluso, reducir su jornada si la dedicación a la misma impide prestar atención diaria, directa y personalizada a su hija.

Para que el cambio de guarda y custodia se lleve a cabo en la forma menos traumática posible para la menor se aconseja si fuera preciso que la menor reciba tratamiento psicológico específico para facilitar el cambio de guarda y custodia, así como trabajar las actitudes distorsionadas que desde el entorno paterno se han inculcado a la menor.

Lo importante, como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1<sup>a</sup>, de 24 de junio de 2.009 es que , « *las medidas dimanantes de cualquier pleito atinente a la separación, a la nulidad o aldivorcio que afectan a menores de edad, deben fijarse siempre en interés de los mismos, con independencia incluso de lo pedido por las partes en litigio, lo cual no vincula en absoluto al órgano jurisdiccional, por tratarse de cuestiones de orden público, según resulta de una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial, siendo de destacar, entre otras muchas sobre el particular, las sentencias de 2 de mayo de 1983 del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 1984 del Tribunal Constitucional y de 4 de marzo y 4 de octubre de 1999, 17 de enero de 2000 , 23 y 26 de enero y 12 de marzo de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona , y por tanto, acorde con esta consolidada jurisprudencia, no puede reputarse incongruente la sentencia que establece la modificación de las medidas en función del principio del " favor minoris "* , pues si bien, tal como proclaman las mentadas resoluciones, el principio de congruencia es de inexcusable aplicación en las peticiones de separación, nulidad o divorcio y en las medidas afectantes exclusivamente a los consortes, pero no en lo concerniente a las medidas relativas a hijos menores de edad, debido al carácter tutelable de oficio, de ahí la necesaria intervención del Ministerio Público. Así pues, el órgano jurisdiccional no precisa sujetarse a los pedimentos de las partes, ya que, en cuanto a tales efectos, no rige en modo alguno el principio de prohibición de la " mutatio libeli " , .....().... y ello con independencia incluso de lo solicitado por los litigantes, si considera, como es el caso, que ello redundaría en beneficio del hijo por aplicación del principio del " favor filii " ».

Conforme a dicha doctrina, en el establecimiento de las medidas que deban afectar a los hijos menores de edad, el órgano judicial no se ve constreñido por

*lo solicitado por las partes, y debe establecerlas, las hayan pedido o no aquéllas, siempre en beneficio del menor, cuyo interés es el más necesitado de protección. En este mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de esta Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5ª, de 25 de mayo de 2.009 , en la que se razona que no incurre en incongruencia ni vulnera el principio de la " reformatio in Prius " la Sentencia dictada en apelación, por el hecho de introducir un pronunciamiento no solicitado por las partes, en relación con el traslado de centro de un menor, « habida cuenta que se trata de una cuestión de orden público, prevaleciendo en cualquier caso el interés del menor ». Y esta Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Asturias, también se ha pronunciado en este mismo sentido, en una también reciente Sentencia de 13 de mayo de 2.009 , en la que decíamos, y ahora reiteramos, que «es de recordar que, en procedimientos cual el que nos ocupa, las medidas que afectan a los hijos menores, ya sean matrimoniales o no, no están absolutamente supeditadas al principio de rogación, dado que como proclama el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de diciembre de 1.987 , rigen en tal aspecto elementos de ius cogens, sobre la base del preponderante principio del favor filii, que permite al juzgador establecer los pronunciamientos que estime más adecuados para la protección de los prioritarios intereses de la prole, pudiendo rebasar, cualitativa o cuantitativamente, los pedimentos, o ausencia de ellos, de los litigantes, sin incurrir por ello en incongruencia. En el mismo sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de julio de 2004 , en que igualmente se alegaba que la sentencia recurrida había concedido más de lo solicitado - incongruencia " ultra petitum " – al establecer un régimen de visitas que la parte actora no solicitó de forma expresa en la demanda, proclamando que " dicha tesis es insostenible desde el instante mismo que en la sentencia recurrida se ha aplicado el principio general establecido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor , que establece que en todo caso primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir; lo que permite al Juzgador aplicar, incluso de oficio las características, alcance y modalidades que establece el Código Civil, en relación al derecho de visitas de los progenitores " ».*

En el presente caso el progenitor ha venido obstaculizando de forma consciente, constante y reiterada las relaciones de la madre con su hija, y ha intentado manipular a la menor. En éste sentido se pronuncia la **Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, Sentencia de 21 Jul. 2009, rec. 251/2008** También se ha valorado si perjudica a una menor de cuatro años el cambio de residencia. Y es en los criterios utilizados judicialmente en la práctica para valorar si el cambio de residencia resulta o no perjudicial para el menor donde cobran relevancia los distintos tipos de cambio, pues aunque el criterio preponderante para la resolución de la controversia es, naturalmente, la protección del interés superior del menor o favor minoris con carácter preferente y prioritario sobre cualquier otro interés o consideración de los progenitores que pudiere concurrir, resulta indiscutible que, para decidir si el cambio de domicilio resulta beneficioso o perjudicial para el menor, también habrán de ser tenidos en cuenta como relevantes los motivos o circunstancias objetivas que justifican el cambio. **Cuando el menor es de corta edad (2 a 5 ó 6 años), su capacidad de adaptación al nuevo entorno escolar o social es**

**mayor por el todavía escaso nivel de integración social y comunitaria del niño, lo que evita los graves inconvenientes que puedan derivarse de problemas de adaptación del menor a un nuevo entorno escolar o social y su posible desestabilización.** Así las cosas, prima facie la cuestión del traslado de la menor hasta Santander puede resultar drástica pero concurren en el caso la totalidad de los parámetros que permiten conceptualizar esta solución como la menos lesiva para la menor, de entre todas las posibles. Los niños de escasa edad se adaptan a los cambios, recomendando a ambos progenitores una colaboración en las explicaciones que debían darse a la menor respecto de esta cuestión, no haciéndole participe de las controversias entre los progenitores. Ha de valorarse la vinculación de la niña, en el sentido de que la separación de la menor de la figura de referencia materna, supondría una pérdida emocional más importante que la pérdida de un ambiente o de una escuela, ya que estas pérdidas serían compensadas con esa figura de referencia. No resulta ajena la escasa edad de la menor, y, por lo tanto, la incipiencia de su proceso de socialización. Todo ello ha sido razonado de una manera suficiente. **(Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 28 Abr. 2009, rec. 457/2008, Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2ª, Sentencia de 9 Dic. 2010, rec. 219/2009)**

Como consecuencia se extingue la pensión alimenticia a cargo de la Sra y se acuerda a cargo del Sr una pensión alimenticia de 500 € mensuales, cantidad proporcional a los medios del alimentante y necesidades de la alimentista. Resulta acreditado que el demandado trabaja como Mozo de Escuadra y la cuantía no alcanza el 30 % de sus ingresos (sus actuales ingresos se aproximan a 1.578 €).

En cuanto al régimen e visitas se recomienda la flexibilidad por la progenitora, con el fin de evitar que la menor sufra las consecuencias de las constantes desavenencias entre los progenitores. El padre podrá comunicarse por cualquier medio telemático o por correo cuando lo estime conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de la menor. Podrá el padre visitar a su hija los fines de semana alternos desde el viernes a las 18.00 h hasta el domingo a las 20.00 h y si estuviere en Santander dos tardes a la semana desde las 14.00 h hasta las 20.00 h.

Le corresponde igualmente la mitad de las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, ajustándose al calendario escolar de la menor. En caso de discrepancia elegirá los años pares el padre y los impares la madre.

El punto de entrega y recogida será el domicilio de la madre.

En interés de la menor se invita a los progenitores a prestar la máxima colaboración y evitar proyectar sus conflictos recíprocos en la menor.

**SEGUNDO.-** No procede imposición de costas, dada la complejidad en la decisión del asunto

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que me confiere la constitución española y en nombre de S.M El Rey

## FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda formulada por D., Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D<sup>a</sup> contra D. y en consecuencia, declaro la modificación de la sentencia nº 151/2009 de 21 de Abril de 2009 dictada por el presente juzgado en el procedimiento nº 862/2008, acordando:

- La atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre
- El padre deberá satisfacer mensualmente, en concepto de pensión de alimentos para su hija 500 €, que deberá ingresar por anticipado y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe la progenitora, actualizándose anualmente dicho importe, conforme a las variaciones que experimente el IPC que establece el INE u organismo que pueda sustituirle en el futuro.
- El progenitor no custodio podrá comunicarse por cualquier medio telemático o por correo cuando lo estime conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de la menor.
- Podrá el padre visitar a su hija los fines de semana alternos desde el viernes a las 18.00 h hasta el domingo a las 20.00 h y si estuviere en Santander dos tardes a la semana desde las 14.00 h hasta las 20.00 h. Le corresponde igualmente la mitad de las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad, ajustándose al calendario escolar de la menor. En caso de discrepancia elegirá los años pares el padre y los impares la madre. El punto de entrega y recogida será el domicilio de la madre.
- No hay condena en costas.

Déjese testimonio en autos de esta resolución, llevándose su original al libro correspondiente. Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN para ante la Audiencia Provincial de Cantabria que deberá presentarse por escrito ante este Órgano Judicial, dentro del plazo de VEINTE DÍAS contados desde el siguiente a su notificación. Conforme a la D.A. Decimoquinta de la LOPJ, para la admisión del recurso se **deberá acreditar** haber constituido un depósito de **50 €** en la cuenta depósitos y consignaciones de este órgano abierta en la entidad Banesto, a través de una imposición individualizada, salvo que el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente. El depósito deberá constituirse ingresando la citada cantidad en la cuenta de este expediente 3727000035014111 indicando el tipo de recurso. No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Así lo mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.**- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. /a. Sr./Sra. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe en Santander.