



Roj: **SAP TO 216/2011 - ECLI:ES:APTO:2011:216**

Id Cendoj: **45168370012011100135**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Toledo**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2011**

Nº de Recurso: **305/2010**

Nº de Resolución: **86/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EMILIO BUCETA MILLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

TOLEDO 00086/2011

Rollo Núm. 305/2.010.-

Juzg. 1ª Inst. Núm..... 5 de Toledo.-

J. Modificación Medidas Definitivas Núm. 1105/2.009.-

SENTENCIA NÚM. 86

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO

SECCION PRIMERA

Ilmo. Sr. Presidente:

D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. EMILIO BUCETA MILLER

D. URBANO SUAREZ SANCHEZ

Dª GEMA ADORACION OCARIZ AZAUSTRE

En la Ciudad de Toledo, a quince de marzo de dos mil once.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 305 de 2.010, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Toledo, en el juicio modificación de medidas definitivas núm. 1105/09, en el que han actuado, como apelante Dª Milagrosa, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Arribas Adalid y defendida por el Letrado Sr. Muñoz Ortega; y con intervención del Ministerio Fiscal.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO BUCETA MILLER, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Toledo, con fecha 15 de abril de 2.010, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: "Denegar la modificación de la Guarda y Custodia de la menor Daniela y en consecuencia denegar la prestación de alimentos solicitado en el escrito de demanda, sin que proceda hacer especial imposición de costas".



SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por D^a Milagrosa , dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.-

SE REVOCAN los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto no se entienden ajustados a derecho y en todo lo que contradigan a la presente resolución, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Se recurre en apelación la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestimó una demanda en la que se reclamaba por la actora la guarda y custodia de su hermana menor de edad, que hasta la fecha viene atribuida al padre de ambas, así como una pensión de alimentos a cargo del mismo y en favor de la menor, no oponiéndose el demandado al cambio de guarda y custodia, pretensión a la que se allanó, sino solo a una mínima diferencia en relación a los alimentos.

La sentencia desestima la demanda en aplicación del art. 771 de la LEC, que no admite en esta clase de procesos allanamiento, renuncia ni transacción alguna, y por considerar que el cambio de guarda y custodia lesionaría o pondría en peligro los intereses de la menor.

La actora recurre reiterando sus peticiones y el Ministerio Fiscal se adhiere al recurso por razones formales, en el sentido de que la actora carece de legitimación y el procedimiento es inadecuado, pero no se opone respecto a la conveniencia de la modificación del régimen de guarda.

Comenzando por razones de economía procesal por las cuestiones procesales que impedirían entrar sobre el fondo si fueran estimadas, se plantea por el Ministerio Fiscal un problema de legitimación activa, pues considera que con arreglo al art. 775 de la LEC, solo estaría legitimado para pedir el cambio de guarda y custodia el Ministerio Fiscal y los padres de la menor, pero no una hermana de la misma.

Entiende la Sala que el art. 775, por su ubicación sistemática, se está refiriendo a la modificación de medidas adoptadas en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, pues de los preceptos anteriores, el 770 regula las demandas de nulidad, separación y divorcio, el 771 las medidas provisionales relativas a las mismas, el 772 su modificación o confirmación al admitirse a trámite la demanda, el 774 las medidas definitivas en estos procedimientos y el 775 su modificación, que queda reservada a los propios cónyuges y al Ministerio Fiscal.

Ocurre que en este caso no nos encontramos ante un procedimiento matrimonial, ni ante la modificación de medidas adoptadas en el seno del mismo, pues entre los progenitores no existe matrimonio y la custodia de la hija menor que aquí se discute, le fue concedida al padre, no en virtud de una decisión judicial sino administrativa, ya que la comunidad de Madrid asumió la tutela de la menor y posteriormente otorgó la misma al padre.

Entendemos que al no tratarse de un procedimiento matrimonial, no solo los cónyuges están legitimados, sino también cualquier otro pariente para reclamar el cambio de la guarda y custodia de un familiar, en este caso una hermana mayor de edad que solicita la guarda y custodia de la menor, que hasta ahora ostenta el padre. El procedimiento escogido, verbal del 748 de la LEC también resulta el adecuado. No se trata por tanto de modificar las medidas adoptadas en un procedimiento matrimonial aquí inexistente, sino de un juicio verbal para reclamar la guarda de una menor por su hermana, guarda que la administración tenía adjudicada al progenitor.

SEGUNDO: La siguiente cuestión que se ha de poner de manifiesto, es que pese a que en estos procedimientos no cabe renuncia. allanamiento ni transacción, en correspondencia con lo dispuesto en el art. 1814 del CC que prohíbe toda transacción sobre el estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros, ello no quiere decir que en todo proceso de esta clase en que el demandado se allane, haya que desprestigiar su postura o desestimar automáticamente la demanda, sino que lo que se ha de comprobar es si la cuestión que se plantea en la demanda, con independencia del allanamiento no válido, es o no beneficiosa para el menor. Si lo es, la demanda debe ser estimada, no porque el demandado se haya allanado, que no puede, sino precisamente por redundar en beneficio del menor.

Como ya ha establecido esta Sala en autos de 9 de febrero de 2000 y 2 de marzo de 2000 "la Ley Orgánica 1/1996, de 16 de Enero, de Protección Jurídica del Menor (Ley que modifica parcialmente el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil) se inspira en diversos Convenios y Tratados Internacionales, como en "La Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Convenio ratificado



por España el 30 de noviembre de 1990); y en la "Carta Europea de los Derechos del Niño", aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92) contiene una serie de principios que se pueden sintetizar en lo que al caso que aquí nos ocupa en los siguientes:

A) El interés superior de los menores, sobre cualquier otro que se estime legítimo (interés reflejado, antes de la comentada Ley, en las normas constitucionales, en el Código Civil; y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 2-5-1983; de 12-2-1992 y de 21-7-1993, entre otras).

B) En relación íntima con el bien de aquéllos (se integra y funde dentro de él), la condición o carácter educativo, que toda medida de amparo ha de tener con respecto a los mismos.

C) La idea de que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor, se han de interpretar de manera restrictiva".

La Jurisprudencia del TS es reiterada (SS.T.S. 27-1-1998 y 17-9-1996 en el sentido de que "el interés superior del menor es principio inspirador de todo lo relacionado con él, vinculando al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos de manera que han de adoptarse a aquellas medidas que sean más adecuadas, conforme a las circunstancias, según se desprende de la L.O. 1/1996 que recoge el espíritu de las convenciones internacionales que vinculan a España (Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), interés del menor que debe prevalecer sobre un ejercicio "a fortiori" de la patria potestad, como apuntó la S.T.S. 23-2-1999 e igualmente la S.T.S. 2-7-2001, que reitera la consideración que ha de otorgarse al particular interés del menor, de análogo tenor S.T.S. 17-7- 1995 que, en interpretación de los artículos 92 y 94, señala que tales preceptos vienen a establecer unas facultades discrecionales del Juez para decretar las medidas que estime más oportunas en beneficio del menor, facultad únicamente limitada por aquellas circunstancias que demuestren un perjuicio evidente y grave, para la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental y la estabilidad emocional de aquel, especial consideración de los derechos afectados que ha tenido reflejo en la actual regulación que ofrece la L.E.C. de los procedimientos relativos, entre otras cuestiones, a menores, respecto de los cuales el art. 751 contempla la indisponibilidad del objeto del proceso, de modo que en los mismos no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción; requiriendo el desistimiento la conformidad del Ministerio Fiscal; contemplando, de otro lado, el art. 752 una derogación los principios generales de preclusión, rogación y disponibilidad de parte, de manera que dichos litigios se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento; pudiendo, el tribunal decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes, sin perjuicio de las que se practiquen a instancia del Ministerio Fiscal y de las demás partes, sin que la conformidad de las partes sobre los hechos vincule al Juzgador, que no podrá decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria; no estando tampoco el tribunal vinculado a las disposiciones procesales en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos" (SAP de Castellón, de 31 de mayo de 2005 citando la de Guadalajara de 9 de julio de 2004).

Así pues, con independencia de la postura del padre demandado, de estar plenamente conforme con que la guarda y custodia le sea atribuida a la demandante, hermana de aquella y mayor de edad, conformidad que se manifiesta en un acuerdo de renuncia a la custodia que carece por completo de valor como hemos dicho, como también carece de valor el propio allanamiento, lo determinante es comprobar si está acreditado que ese cambio, que por la vía de hecho ya se ha producido pues la menor ya se encuentra viviendo con su hermana, pueda redundar en beneficio de la misma, pues es al superior interés del menor a lo que en la presente resolución se debe atender.

Y esa conclusión se alcanza sin más que atender a la exploración de la menor, en la que se mostró como persona con una más que llamativa madurez y capacidad de juicio para su corta edad, y manifestó estar plenamente satisfecha con la convivencia con su hermana, que ya dura más de dos años y medio, como también integrada en el colegio y en el ambiente social de la población en la que reside, lo que unido a los informes del colegio obrantes en autos lleva a la conclusión de que en interés de la menor procede acceder al cambio de guarda y custodia solicitado en la demanda.

TERCERO: Respecto a la pensión de alimentos, el padre se comprometió en 2009 a abonar a favor de su hija una pensión de 225 , que es la que debe fijarse en el fallo, evidentemente actualizada conforme al IPC a la fecha de la sentencia.

CUARTO: No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.-



FALLO:

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D^a Milagrosa , debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia Núm. 5 de Toledo, con fecha 15 de abril de 2.010, en el procedimiento núm. 1105/09, de que dimana este rollo, y en su lugar, estimando íntegramente la demanda, otorgamos la guarda y custodia de la menor Daniela a su hermana Milagrosa , estableciendo a cargo de su padre D. Pedro Francisco una pensión de alimentos a favor de la menor hasta que alcance su independencia económica, de 225 mensuales actualizables conforme al IPC desde el año 2009, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso, con devolución del depósito para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente D. EMILIO BUCETA MILLER, en audiencia pública. Doy fe.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ