



Roj: **SAP IB 568/2016 - ECLI:ES:APIB:2016:568**

Id Cendoj: **07040370042016100094**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **05/04/2016**

Nº de Recurso: **277/2015**

Nº de Resolución: **96/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

#### **AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4DE PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00096/2016**

Rollo: RECURSO DE APELACION Nº 277/2015

Ilmos/as. Sres/as.:

#### **PRESIDENTE**

D. ALVARO LATORRE LOPEZ

#### **MAGISTRADOS**

D<sup>a</sup>. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO

D<sup>a</sup>. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT

#### **S E N T E N C I A nº 96/2016**

En PALMA DE MALLORCA, a cinco de Abril de dos mil dieciséis.

**VISTOS** en grado de apelación ante esta Audiencia Provincial los autos de la MODIFICACIÓN DE MEDIDAS nº 685/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza, a los que ha correspondido el **ROLLO nº 277/2015**, en los que aparece como parte demandada- apelante, a D<sup>a</sup>. Marisa , representada por el Procurador **D. ALBERTO VALL CAVA DE LLANO**, asistida del Letrado D. JUAN M<sup>a</sup> ORMAZABAL GARCIA, y como *actor- apelado* a D. Gabino , representado por la Procuradora **D<sup>a</sup>. MARIA TUR ESCANDELL**, asistido de la Letrada D<sup>a</sup>. EVA M<sup>a</sup> MONTERO FERNANDEZ. Es parte en el procedimiento el **MINISTERIO FISCAL**.

**ES PONENTE** la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup>. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Ibiza, en fecha 19-12-2014, se dictó sentencia , cuyo fallo dice: "estimo atribuye guarda custodia hijo al padre, vistas de un fin de semana mes, mitad vacaciones navidad, toda semana santa y 2/3 de verano, madre pagara todos billetes para visitas, madre pagara 150 euros alimentos y mitad gastos extraordinarios".

**SEGUNDO** .- Contra la anterior sentencia se interpuso tras su preparación, recurso de apelación por la representación de la parte demandada, que fue admitido, y seguido el recurso por sus trámites, se presentó por la parte demandante el correspondiente escrito de oposición y elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial, quedó el presente recurso visto para sentencia.

**TERCERO** .- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**



Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

**PRIMERO** .- la sentencia dictada en primera instancia, cuyo fallo ha quedado transcrito en los precedentes antecedentes de hecho, es recurrida en apelación por la madre demandada, interesado su revocación y la desestimación de la demanda, alegando error en la valoración de la prueba e inadecuada aplicación de los arts. 70 y 156 del CC ; que lo mas importante es atender al interés del menor, no siendo determinante para el cambio de custodia, el cambio de residencia del padre; que la sentencia deja sin contenido los derechos del hijo a la protección y el cuidado necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de la madre en, dado el escaso tiempo transcurrido entre la sentencia que se pretende modificar y la demanda del padre, que la custodia materna es el régimen más adecuado para Oscar y garantiza adecuadamente la estabilidad del menor; que la necesidad de cambio de residencia del padre no ha quedado probada, que la voluntad del menor no es determinante para el cambio de custodia, el acuerdo de medidas provisionales para establecer custodia materna y que no existen informes psicosociales.

También alega, error en la apreciación de la prueba por indebida aplicación del art. 93 del CC en relación con los arts. 145, 146 y 147 del CC , debiendo ser el padre el que asuma íntegramente el pago de los billetes para cumplir el régimen de visitas.

**SEGUNDO**.- Como es sabido las medidas acordadas en los procesos de separación, divorcio así como las paterno filiales pueden ser modificadas cuando se produzca una modificación de las circunstancias que en su día fueron tenidas en cuenta para su adopción, siempre y cuando la modificación sea sustancial, esto es relevante, estable o permanente sobrevenida por causas ajenas al solicitante y no imputable al mismo tal y como resulta de lo dispuesto en el art. 775 de la LEC , incumbiendo al que la alega, esto es, en nuestro caso al actor, la prueba de la misma.

En el caso de modificación de la medida de atribución de guarda y custodia de los hijos, esa nota de relevancia o de carácter sustancial de la alteración, exigiría, sin duda, su afectación de modo directo al principio de "bonus o favor filii", es decir el interés y beneficio del menor, que constituye el fin básico en la adopción de tal medida ( art. 39.2 de la Constitución Española , art. 103 del CC ).

La juez a quo a la luz de la prueba practicada en primera instancia considero que lo más conveniente para Oscar , nacido el día NUM000 del 2003, era el establecimiento de una guarda y custodia exclusiva paterna, en lugar de la guarda y custodia compartida aprobada por sentencia dictada el día 19-10-2011 .

Para ello tuvo en cuenta, además de la prueba documental y del interrogatorio de las partes, el resultado de la exploración del menor.

Esta Sala una vez visionado el acto del juicio y la totalidad de la prueba practicada en primera instancia llega a la misma conclusión que la juez "a quo". El niño a punto de cumplir entonces los 12 años, manifestó claramente su deseo de irse a vivir con su padre a Granada; que quiere irse al pueblo con su padre donde va todos los veranos de vacaciones y se queda en la casa de su abuela; que es una casa cueva muy bonita, que allí tiene también a sus primos y tíos con quienes juega; que no quiere volver a Ibiza ni de vacaciones, que prefiere que su madre vaya a verlo a Granada; que no va a echar de menos de menos a sus compañeros de Ibiza porque en el pueblo tiene más amigos.

Claramente manifestó que quiere irse con su padre a Granada por que no esta bien con su madre y con el novio de esta con quienes convive; que el novio de su madre no le trata bien, porque le insulta y lo hace en presencia de esta.

El Ministerio Fiscal, de cuya imparcialidad y actuación en defensa del superior interés de los menores no cabe duda, intereso, por otra parte, que se atribuyera al padre la guarda y custodia del hijo y en esta alzada la confirmación de la sentencia .

Ha quedado probado que al actor, taxista de profesión, mediante carta de 18-12-2013, le fue comunicado la rescisión de su contrato de trabajo por cese de la explotación de la licencia de taxi que conducía por parte de la empleadora.

Que por resolución del INEM le fue reconocida una prestación por desempleo desde el 1-1-2014 hasta el 30-10-2015 con arreglo a una base reguladora diaria de 29,35 euros.

El actor recibió de la empresa Costa Linda Internacional SLU una oferta de trabajo para la captación de propiedades y venta de las mismas en horario de 9 a 14 horas.

El niño estaba matriculado en Ibiza colegio Mare de Deu de les Neus desde 3º hasta 5º de Primaria para el curso 2013-2014, practicando la actividad extraescolar de Judo, a la que no acude dos semanas al mes, según el padre aquellas que esta con su madre.



Según certifica la directora del colegio, en varias ocasiones Oscar ha pedido en ciertas ocasiones hablar con su padre desde el colegio porque tenia necesidad de hablar con el.

La madre trabaja para AENA en Aeropuerto de Ibiza.

En la localidad de Cuevas del Campo, el menor dispone de plaza en el único colegio que existe en la localidad, según certificación junta de Andalucía.

La madre pese a declarar que el niño esta dirigido por su padre en su contra y de su pareja, manifestación huérfana de prueba, afirmo que el niño está contento con su padre, que esta bien, atendido, que esta harto de estar una semana en cada sitio, que quiere estar en el mismo sitio siempre, que a él le gustaría estar viviendo allí, si bien preciso que cree que no es consciente de lo que eso significa.

También manifestó que lleva viviendo con su actual pareja desde que el niño tenía 6 años, y que su hijo tiene faltas de respeto y de educación así como insulta a su pareja.

**TERCERO.-** Las críticas del recurrente a la forma en que la juez "a quo" llevo a cabo la exploración del menor, no resultan atendibles. Ciertamente la exploración del menor no es una prueba plena, pero también es cierto que se realiza con todas las garantías, de forma reservada, sin intervención ni de las partes, ni de sus letrados pero si del Juez, del MF y del Letrado de la Administración de Justicia que da fe del resultado obtenido.

El resultado de la exploración documentada en autos es trasladada a los letrados de las partes para que la valoren y realicen las alegaciones que tengan por conveniente en defensa de sus intereses. Si en este caso no se hizo así, según se denuncia, ello constituye una actuación incorrecta, pero sin consecuencias practicas relevantes, en orden a resolver la medida mas conveniente para el menor, una vez producida la modificación sustancial de circunstancias existentes en el momento de dictarse la sentencia de 19-10-2011 , consistente en el traslado del padre a la provincia de Granada por motivos laborales. Traslado que dada la distancia geográfica entre dicha provincia y la de Ibiza hace imposible el mantenimiento de una guarda y custodia compartida.

Por lo demás, los letrados de las partes si conocían el resultado de la exploración del menor, al habérseles dado cuenta por la juzgadora, como lo demuestra el visionado del video y las preguntas que el letrado de la señora Marisa realizo a su cliente.

La dirección de los debates corresponde al juez y si dicha actuación se considera inadecuada, lo correcto es denunciarlo en forma, no sembrar dudas sobre ello sin hacer petición expresa al respecto.

**CUATRO.-** La determinación de la titularidad de las funciones de guarda y custodia tiene que venir determinado, no por el comportamiento de los padres entre si, ni por sus deseos o propósitos al solicitarlo, sino que estando ambos progenitores en condiciones de asumir dicha titularidad, la atribución debe determinarse por el interés del menor así lo aconseje.

El deber procesal de oír judicialmente a los hijos Art. 777.5 LEC , 770.4.2 antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los mismos como un criterio legal relevante a la hora de acomodar tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos.

Ahora bien, esté interés puede, en determinados casos, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, sin perjuicio de reconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener está, en cuanto presenta un factor esencial para la propia estabilidad del menor emocional y afectiva y para el desarrollo integral de su personalidad.

En el caso que nos ocupa, como vimos, el hijo, de forma clara y termínate manifestó su deseo de irse a vivir con su padre, deseo que no merece ser calificado como un capricho, sino como una fuerte decisión de estar todo el tiempo con dicho progenitor y cesar en el cambio semanal de custodia, dadas las buenas relaciones existentes con dicho progenitor, ya destacadas por la anterior sentencia, y en las mala relación que mantiene con la pareja de su madre, mala relación que viene prolongándose en el tiempo y que ante la inevitable decisión de modificar el sistema de custodia compartida, lleva a esta sala, junto con el gran apego padre e hijo, a confirmar la decisión judicial.

**QUINTO.-** La sentencia como vimos impone a la madre la obligación de sufragar en exclusiva los gastos necesarios para el cumplimiento del régimen de visitas. En concreto el pago del precio de los billetes que deban adquirirse para cumplir el régimen de visitas, debiendo el padre trasladar al menor al aeropuerto del que deba partir el menor. La madre disiente de dicho pronunciamiento y pretende trasladar al padre dicha obligación.

La juez "a quo", sí que fundamenta su decisión, en contra de lo que afirma el recurrente. Dicha fundamentación se encuentra en la cómoda situación económica de la madre frente a la economía del padre.



Ciertamente la economía de la madre es mejor que la del padre, pero ello no es motivo para trasladar a la misma todo el esfuerzo económico necesario para cumplir con el régimen de visitas, dada la distancia geográfica entre las localidades de residencia de uno y otro progenitor y la existencia del mar de por medio que obliga a utilizar medios caros de transporte.

Por ello, y siguiendo la jurisprudencia del TS, esta sala dispone que los gastos de viaje del menor para cumplir el régimen de visitas establecido sean sufragados por mitad entre ambos progenitores, bien abonando cada progenitor la totalidad del importe de los billetes y después reclamándose al otro, bien abonando un progenitor el billete de ida del menor y el otro el de vuelta.

**SEXTO.-** Que con respecto a las costas no procede hacer especial pronunciamiento en ninguna de ambas instancias, al ser parcial la estimación de la demanda y no ser esta sentencia confirmatoria de la del primer grado jurisdiccional ( arts. 394 y 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ).

## FALLAMOS

1) **ESTIMANDO PARCIALMENTE el RECURSO DE APELACION** interpuesto por el Procurador **D. ALBERTO VALL CAVA DE LLANO** , en nombre y representación de **D<sup>a</sup>. Marisa** , contra la sentencia de fecha 19-12-2014, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera instancia nº 4 de Ibiza , en los autos Juicio Modificación de medidas sobre guarda, custodia y alimentos de los que trae causa el presente Rollo, **DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOS PARCIALMENTE** y en su virtud, disponemos que los gastos de viaje del menor para cumplir el régimen de visitas establecido sean sufragados por mitad entre ambos progenitores, bien abonando cada progenitor la totalidad del importe de los billetes y después reclamándose al otro, bien abonando un progenitor el billete de ida del menor y el otro el de vuelta.

2) **Confirmamos el resto de pronunciamientos de dicha sentencia.**

3) **No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.**

**Recursos .- Conforme** al art. 466.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra las **sentencias** dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el **recurso extraordinario por infracción procesal** o el **recurso de casación** , por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella.

**Órgano competente .-** Es el órgano competente para conocer de ambos recursos -si bien respecto del extraordinario por infracción procesal sólo lo es con carácter transitorio) la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.

( SENTENCIA nº 96/2016 )

**Plazo y forma para interponerlos .-** Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, suscrito por Procurador y autorizado por Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal, en virtud de la reforma introducida por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre.

**Aclaración y subsanación de defectos .-** Las partes podrán pedir aclaración de la sentencia o la rectificación de errores materiales en el plazo de dos días; y la subsanación de otros defectos u omisiones en que aquella incurriere, en el de cinco días.

- No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno.

- Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de Noviembre , el justificante de la consignación de **depósito para recurrir** en la cuenta de esta sección cuarta de la Audiencia Provincial nº 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

- Asimismo en virtud de la Ley 10/2012, de 20 de Noviembre deberá aportarse el justificante de la liquidación de la **tasa judicial** .

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

Sr. ALVARO LATORRE LOPEZ Sra. MARIA DEL PILAR FERNANDEZ ALONSO Sra. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT

**PUBLICACION.-** Dada y publicada ha sido la anterior sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente D<sup>a</sup>. JUANA MARIA GELABERT FERRAGUT en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Letrada de la Administración de Justicia certifico.