

PRIMERO: Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Illescas, con fecha 16 de junio de 2.010, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: "Desestimar la demanda de modificación de medidas definitivas presentada por D. Jose Carlos y, en consecuencia, se mantienen las medidas establecidas en la sentencia de 6 de febrero de 2007 y, especialmente, la atribución de la guarda y custodia de la menor Amelia a la madre. Todo ello sin hacer declaración alguna sobre las costas".

SEGUNDO: Contra la anterior resolución y por el demandante, dentro del término establecido, se interpuso recurso de apelación, y personado el recurrente se formó el oportuno rollo, admitiéndose la prueba propuesta en el presente recurso y practicándose audiencia de la hija menor común de los litigantes, para seguidamente y en la vista, las partes se han ratificado sus respectivos escritos de recurso y oposición al misma, terminando por suplicar el dictado de nueva sentencia conforme a sus respectivas pretensiones.-

SE CONFIRMAN Y RATIFICAN los antecedentes de hecho, fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto se entienden ajustados a derecho, por lo que, en definitiva, son

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO: Examinadas las actuaciones, la legislación nacional y comunitaria aplicable, esta Sala se declara competente para conocer del presente procedimiento, en el que por un súbdito rumano, se pretende la modificación de medidas de una sentencia de divorcio, dictada por un Tribunal de Rumanía, cuando tanto el reclamante como su ex-esposa e hija a que afecta la medida residen en España. Al respecto, se señala como aplicable el Reglamento CE. 2201/2003, cuya Exposición de Motivos indica que "...con ánimo de garantizar la igualdad de todos los hijos, el presente Reglamento se aplica a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial", no vinculando previamente a este Tribunal que exista o no un procedimiento previo de nulidad separación o divorcio, y por tanto que esté o no reconocida la eficacia de la sentencia extranjera cuando de lo que se trata es de adoptar medidas en relación con los hijos. Tal competencia la determina el art. 9 del Reglamento, en tanto que si de un lado solo prolonga su competencia a los tres meses siguientes al cambio de residencia, siempre que el menor no hubiere cambiado de residencia y el reclamante continuara residiendo habitualmente en el Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor; de otro

tal excepción no es de aplicación si el titular del derecho ha aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia; por lo que si se ha superado ese plazo habrá de estarse a lo dispuesto en los arts. 8 y 12; y como quiera que no nos encontramos antes supuestos de nulidad separación o divorcio, en los que se conserva la competencia del Estado miembro, primará el factor residencia y de que solo se está ejercitando acción que afecta a la responsabilidad parental, estando residiendo todos los implicados en el Estado español, al tiempo que no se han opuesto a la competencia del mismo.-

SEGUNDO: Pasando al fondo del asunto, se interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Illescas, en la que se acordaba el mantenimiento de las medidas establecidas en la sentencia de 6 de febrero de 2007 y, especialmente, la atribución de la guarda y custodia de la menor Amelia a favor de su madre; y resolución que se recurre por el padre demandante Sr. Jose Carlos con la pretensión ya ejercitada y rechazada de que se le atribuya la guarda y custodia de su hija Amelia y se fijara, en consecuencia, alimentos para la misma y con cargo a la madre.

TERCERO: Así centrada la controversia, la razón de pedir del actor es, de un lado, la manifestación de la hija menor común quiere la convivencia bajo la guarda del padre, y de otro la posible existencia de malos tratos, ya de la madre o de su actual pareja. Al respecto, debe ser destacado en el presente recurso ha sido otorgada audiencia a la menor y oída por el Tribunal, sin que su declaración haya resultado relevante a lo indicado y sostenido; que ya la sentencia de instancia declaró falto de soporte probatorio alguno, y sin que de revisado por la Sala, dado el carácter de ordinario del presente recurso se observe error valorativo alguno, en tanto la sentencia se recurre sobre la invocación general de error en la valoración de la prueba, y que afecta a lo que la parte entiende relevante, como a la situación de la niña respecto de sus progenitores, el rechazo que formula del informe psicológico efectuado por el Gabinete del Juzgado, por su falta de rigor y profesionalidad, al contrario de lo que se razona en la sentencia.

Es sabido que todas las medidas sobre custodia de los hijos menores han de ser adoptados, bajo la discrecionalidad razonada del juzgador, en base al "favor filii" y previas las audiencias que establece el art. 159 del CC, y en su caso, las pruebas periciales psicosociales tan relevantes en este tipo de medidas. Como recuerda verbigracia la SAP Palencia núm. 223/2006 (Sección 1), de 24 julio. "En relación con las medidas judiciales relativas a la guarda y custodia de los hijos menores en situaciones de crisis matrimoniales o de pareja, pese a la amplia discrecionalidad del

Juez, resulta evidente que rige el principio del beneficio o interés del menor («favor filii» y «bonúm. filii»). Dicho principio se recoge en los Tratados Internacionales, en concreto en la Convención de Derechos del Niño, de la Organización de Naciones Unidas, de 20.11.89, ratificada por España el día 30.11.90; y en nuestra legislación, así lo establece, como principio rector de la política social, la Constitución en su artículo 39-2, así como la Ley Orgánica 1/96), de Protección jurídica del menor, que en su artículo 2 dispone: «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Además dicho principio se ha recogido ampliamente en la doctrina jurisprudencial, así la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987 dice: «es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil ». Teniendo en cuenta este principio, por lo que se refiere a la atribución de la custodia de los hijos menores de edad, es objeto de regulación en el artículo 159 del Código Civil, que en su anterior redacción atribuía siempre la custodia a la madre, en el supuesto de menores de siete años, salvo que hubiese motivos especiales que aconsejasen otorgarla al padre, pero dicha regulación fue reformada por la Ley 11/90, de 15 de octubre, por aplicación del derecho a la igualdad reconocido en nuestra Constitución, y evitar cualquier discriminación por razón de sexo, que establece: «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años», de tal modo que, a diferencia de la regulación legal anterior, no establece un criterio previo, sino que ha de tener en cuenta el acuerdo de los padres y, en defecto de éste, el Juez decidirá, teniendo en cuenta siempre el beneficio de los hijos, que es el único requisito, pero esencial, que ha de tenerse en la resolución de dicha cuestión, no es el interés del padre o de la madre el que debe prevalecer sino el de los propios hijos. Ha de valorarse el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, la convivencia con personas unidas con vínculos

afectivos, la atención que pueden prestar al menor en el orden educativo, afectivo, de cuidado y material, como las especiales circunstancias que concurran en cada progenitor, en definitiva exige tener en cuenta las mejores condiciones para el pleno desarrollo integral del hijo menor de edad. Así se ha pronunciado la Audiencia Provincial de La Coruña en sentencia de fecha 14 de abril de 2005 y también en el mismo sentido, haciendo un extenso y fundamentado estudio del mencionado principio «bonúm. filii» y sus exigencias en la materia de decisión judicial sobre guarda y custodia así como régimen de visitas y comunicaciones con hijos menores, la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia de fecha 8 de febrero de 2002 ".

Además, aquí ha de partirse de que el art. 775 de la LEC de 2000, en relación con lo dispuesto en los artículos 90, párrafo 3º y 91 inciso final del Código Civi, establece la posibilidad de que a solicitud de los cónyuges o del Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados, se modifique el convenio regulador judicialmente aprobado en la sentencia de separación o divorcio, así como las medidas judiciales acordadas en defecto de convenio de los cónyuges, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar la propuesta de convenio presentado por los cónyuges, o, en su caso, al adoptar judicialmente las medidas en defecto de acuerdo de los esposos; y de que el artículo 776.3º de dicha ley establece, como una de las especialidades de la ejecución forzosa de los pronunciamientos jurisdiccionales sobre las medidas de contenido personal o patrimonial que acompaña a las resoluciones en materia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, la posibilidad de que se modifique el régimen de guarda o el de visitas y comunicaciones en el caso de que se produzca una situación de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas para los cónyuges del régimen de visitas. Asimismo, hay que matizar que para que prospere una modificación de estas características no sólo será necesaria la concurrencia de una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta por los esposos o por la autoridad judicial para la fijación de dichas medidas -y no afectar únicamente a las circunstancias accidentales o de poca entidad-, que deberá resultar debidamente acreditada por la parte que la hace valer para obtener la modificación de las medidas, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión (art. 217.2 LEC), sino también que habrá de tenerse presente que dicha modificación debe estar siempre subordinada al superior interés de los hijos menores del matrimonio, ya que el beneficio de éstos es el principal criterio al que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos, conforme a lo previsto en el art. 92 párrafo segundo del CC.; debiendo añadirse que el derecho de visitas regulado en el art. 94 del CC., en consonancia con el art. 161 del mismo cuerpo legal no es un propio y verdadero

derecho, sino un derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores sino también cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras a su desarrollo armónico y equilibrado, por lo que tanto el art. 91 como el 94, ambos del CC., posibilitan la alteración de las medidas acordadas en torno al mismo en el supuesto de que lo aconsejen así las circunstancias concurrentes en su desarrollo.

En definitiva, y en aplicación de tal doctrina al recurso que se examina, no ha sido probada alteración sustancial de circunstancia alguna, ni siquiera acreditado que el cambio de custodia sea lo más beneficioso para la menor, o que exista causa seria e inhabilitante que haya necesario el cambio de guarda, más allá de la disconformidad del recurrente con los amplios razonamientos de la sentencia al respecto. No se han propuesto los presupuestos de hecho en que se sostiene la petición de modificación de medidas, ni que tal cambio de custodia sería la medida más beneficiosa para el niño, constando, sin embargo a través del informe psicológico aportado a la causa y practicado como prueba pericial, que es la convivencia con su madre la conveniente para la menor, lo que, en definitiva lleva a mantener el pronunciamiento de la resolución de instancia y a rechazar el recurso.-

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 y dada la especial naturaleza del procedimiento.-

FALLO:

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D. Jose Carlos, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Illescas, con fecha 16 de junio de 2.010, en el procedimiento núm. 1003/08, de que dimana este rollo, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso.