

**AUDIENCIA PROVINCIAL  
SECCIÓN CUARTA  
ALICANTE**

NIG: 03014-37-2-2013-0002235

**Procedimiento: RECURSO DE APELACION (LECN) N° 000383/2013-**

*Dimana del Modificación Medidas Contencioso N° 001142/2012*

*Del JUZGADO DE INSTANCIA 2 DE DENIA(ANT. MIXTO 3)*

**Apelante/s:**

Procurador/es: VICENTE JAIME SEMPERE SIRERA

Letrado/s:

**Apelado/s: C**

Procurador/es : TERESA IVORRA GALAN

Letrado/s:

**MINISTERIO FISCAL**

=====  
Ilmos. Sres.:

**Presidente**

D.Federico Rodríguez Mira

**Magistrados**

D. Manuel B. Flórez Menéndez

D<sup>a</sup>. Paloma Sancho Mayo

=====

En ALICANTE, a veintiocho de febrero de dos mil catorce

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados antes citados y

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA N° 000063/2014**

En el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante D. \_\_\_\_\_, representada por el Procurador Sr. SEMPERE SIRERA, VICENTE JAIME y asistida por el Ldo. Sr. \_\_\_\_\_, frente a la parte apelada D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_, representada por la Procuradora Sra. IVORRA GALAN, TERESA y asistida por el Ldo. Sr. \_\_\_\_\_, contra la sentencia dictada por el JUZGADO

DE INSTANCIA 2 DE DENIA(ANT. MIXTO 3), habiendo sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. PALOMA SANCHO MAYO.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el JUZGADO DE INSTANCIA 2 DE DENIA(ANT. MIXTO 3), en los autos de juicio Modificación Medidas Contencioso - 001142/2012 se dictó en fecha 12-03-2013 sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"1º) Desestimando la demanda interpuesta por D. , debo acordar y acuerdo no acceder a la modificación de las medidas interesada, por alteración sustancial de las circunstancias.

2º) No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante D/. , habiéndose tramitado el mismo por escrito ante el Juzgado de instancia, en la forma prevista en la L.E.C. 1/2000, elevándose posteriormente los autos a este Tribunal, donde quedó formado el correspondiente rollo de apelación 000383/2013 señalándose para votación y fallo el día 27-02-2014.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** La sentencia de divorcio de 12 de febrero de 2008, que aprobó el convenio regulador establecía un régimen de custodia materna de los tres menores, hijos de los litigantes, con todos sus pronunciamientos inherentes a dicha declaración. A través de la presente demanda se pretende una modificación de las medias acordadas en dicha sentencia y que, en aplicación de la ley 5/2011 se acuerde un régimen de custodia compartida con todas las consecuencias que ello conlleva. La resolución, que desestima la demanda es recurrida por D. el cual mantiene la procedencia de que se establezca en su lugar la guarda y custodia compartida de sus dos hijos menores , nacido el de de 2002, el de de 2005 e el de de 2007, pretensión que ampara en la vigente Ley 2/2011 de 1 de abril de la Generalidad Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

**SEGUNDO.-** Se plantea en el recurso la procedencia del cambio en la custodia, manteniendo esta postura en tres aspectos distintos; que efectivamente ha habido cambio de circunstancias que habilite al demandante para solicitar la modificación de las medidas reguladoras del divorcio, si es procedente o no la

custodia compartida y si el padre es idóneo para desempeñar este tipo de custodia.

Ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala al respecto y considera que la promulgación de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalidad Valenciana, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, supone una sustancial modificación en el régimen legal de la custodia de los hijos menores en situaciones de separación matrimonial, divorcio y análogas, puesto que opta decididamente por considerar como régimen preferente el de custodia compartida frente a la mono parental. Siendo ello así, no es de extrañar que la disposición transitoria primera de la Ley 5/2011 permita de manera expresa la revisión judicial de las medidas adoptadas conforme a la legislación anterior, lo que evidentemente no significa que dicha revisión haya de ser automática e independiente de las circunstancias de cada caso. En el supuesto de autos hay que suponer que los cónyuges tuvieron en cuenta la situación legal existente es ese momento cuando firmaron el convenio regulador, siendo anterior a la publicación de la Ley, justificándose así que el padre interesado en la custodia compartida propusiera la correspondiente modificación en virtud de ésta legislación. Con todo ello se entiende que se ha producido una modificación en las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de suscribirse el convenio regulador del divorcio.

En cuanto a la procedencia de la custodia compartida esta Sala no comparte los razonamientos de la sentencia de la instancia, pues ninguna prueba practicada indica que este régimen no sea el procedente, que como ya se ha dicho es imperativamente preferente en el marco legal de aplicación. En las actuaciones obran dos informes periciales aportado por ambas partes, en los que sus autores, ambos psicólogos de profesión, a instancia de la madre, D<sup>a</sup>. (folios 88 y ss) y D<sup>a</sup> por el padre (folios 148 y ss) alcanzan conclusiones dispares en cuanto al régimen solicitado, pero ninguno indica que el apelante no reúna las condiciones idóneas para encargarse de la custodia de sus tres hijos. Todo ello conlleva a entender que lo más aconsejable para los menores es el régimen solicitado de guarda y custodia compartida, cuya finalidad es procurar el integral desarrollo e interés de los menores.

**TERCERO.-** A todo lo anterior es de aplicación la citada Ley 5/11, de 1 de abril, que establece en su artículo 5.2 el régimen de convivencia o custodia compartida como regla general, "sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos". Ya en la Ley 12/08, de 3 de julio, de la Generalitat Valenciana, de Protección Integral de la Infancia y la adolescencia, estableció en su art. 22, apartado 2º, el derecho de los menores a "crecer y vivir con sus padres, si ambos manifiestan voluntad y aptitud para la crianza, procurándose en los casos de separación de los progenitores una convivencia igualitaria con ambos". En la exposición de

motivos de la Ley 5/11 se mantiene en cuanto al concepto de custodia, “la relevancia del contacto cotidiano y del roce frecuente entre los progenitores y sus hijos e hijas menores, como único cauce que posibilita el crecimiento del vínculo afectivo familiar y sienta las bases de un adecuado desarrollo psíquico y emocional de cada menor”.

Con esta actuación legislativa se pretenden conjugar los dos principios fundamentales que concurren en los supuestos de no convivencia o ruptura de una pareja cuando existen hijos e hijas menores: por un lado, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y, por otro, el derecho o deber de éstos de proveer a la crianza y educación de los mismos en el ejercicio de la responsabilidad familiar, cuyo ejercicio exigirá de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación. Tampoco hay que olvidar la reciente jurisprudencia de Tribunal Supremo en la que se destaca en su sentencia de 16 de diciembre de 2103, el carácter general del régimen de convivencia compartida, (frente a la excepcionalidad anterior) pues resulta sin duda la mejor solución para el desarrollo de los menores, por cuanto les permite seguir relacionándose del modo más razonable con cada uno de sus progenitores, siempre que ello no sea perjudicial para los hijos, porque permite y hace posible el efectivo derecho de los hijos a mantener dicha relación; sin que constituyan obstáculo para fijar dicho régimen las malas relaciones de los padres, salvo que afecten de modo perjudicial a los menores, señalando también dicha sentencia que el informe psicosocial, aun siendo relevante, no es de ineludible cumplimiento, si del mismo se deduce la posibilidad de afrontar un sistema de custodia compartida desde un marco de diálogo de los padre, y siempre en beneficio exclusivo de los hijos.

Aplicando la legislación vigente y atendiendo a la mas reciente jurisprudencia, hay que concluir que en el presente supuesto el régimen mas idóneo para los tres menos es la custodia compartida por ambos progenitores, pues en el presente supuesto los dos están suficientemente capacitados para asumir la guarda y custodia de sus hijos, pues tienen unas circunstancias laborales y unas disponibilidades horarias favorables, y sin olvidar que la madre se ha ocupado de manera mas prioritaria del cuidado de los menores durante el matrimonio, no existe obstáculo acreditado alguno en el padre para el cuidado de éstos, por lo que entendemos que la custodia compartida es la solución indicada, según establece el art. 5, 2º de la Ley 5/11, atendiendo en todo momento al interés superior de los menores. Por otro lado, se descarta que haya un nivel de conflictividad entre los padres que pueda ser un óbice o inconveniente insalvable para que dicho régimen de guarda y custodia compartida pueda funcionar adecuadamente, ya que dicha situación de conflicto actual deriva de la situación de divorcio judicial de la pareja, y del conflicto que ello genera por si mismo. Por lo tanto y en consecuencia procede establecer un régimen de guarda y custodia compartida a todos los efectos de los menores , e con relación a sus padres por semanas completas desde los lunes por la

mañana, a excepción de los meses de julio y agosto que se desarrolla por quincenas, pues dicho régimen es el que viene considerándose por la Sala como el mas idóneo para el desarrollo integral de los menores. Por lo tanto estableciéndose un régimen semanal de custodia no procede pronunciarse sobre visitas de ningún tipo entre el progenitor no custodio.

**CUARTO.-** En lo relativo a las cuestiones de naturaleza económica, y dada la guarda y custodia compartida que se ha establecido, cada uno de los progenitores abonará los gastos que generen los menores en el periodo de tiempo que se encuentre en su compañía y para los demás gastos, ya sean ordinarios o extraordinarios que se ocasionen serán abonados por mitad entre ambos, pues la situación economic de los padres es similar.

**QUINTO.-** Por tanto, al estimar en parte el recurso de apelación no procede condena en costas de la alzada (art. 398-2 LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

## **F A L L A M O S**

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D. \_\_\_\_\_, representado por el Procurador Sr. Sempere Sirera contra la sentencia de 12 de marzo de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Denia, debemos revocar y revocamos esta y en su lugar acordamos:

1º.- Establecer un régimen de guarda y custodia compartida a todos los efectos de los menores \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ e \_\_\_\_\_ con relación a sus padres, por semanas completas, en los que a falta de acuerdo de los progenitores se realizará desde los lunes por la mañana, a excepción de los meses de julio y agosto que se desarrollá por quincenas.

2º.- Cada progenitor abonará los gastos que los menores generen mientras están en su compañía, debiendo sufragar por mitad los demás gastos ordinarios y los de carácter extraordinario que se produzcan en la vida de sus hijos.

3º.- Mantenemos el resto de pronunciamientos en cuanto no contradigan lo aquí recogido y sin que proceda imposición de las costas procesales.

Esta sentencia será susceptible de recurso de casación por interés casacional, siempre que se cumplan los específicos presupuestos de este recurso que prevé el art. 477-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El recurso deberá interponerse por medio de escrito presentado ante esta Sala en plazo de veinte días.

Notifíquese esta resolución a las partes conforme a lo establecido en los artículos 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 208.4 y 212.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, y, en su momento, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, interesando acuse de recibo, acompañado de certificación literal de la presente a los oportunos efectos, uniéndose otra al Rollo de apelación.

Así por esta nuestra sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

---