

SANTIAGO GEA FERNÁNDEZ
19/11/15
NOTIFICACIÓN LEXNET

M/Ref.- 1767
S/Ref.-
SEÑALAMIENTO.-
PLAZO.- F/T
NOTA.-

ROLLO N° 1125/2015

SECCIÓN 10ª

## SENTENCIA n.º.734/2015

### SECCIÓN DÉCIMA:

**Ilustrísimos Sres.:**

**Presidente:**

D. José Enrique de Motta García España

**Magistrados/as:**

Dª. Ana Delia Muñoz Jiménez

Dª. Ana Vega Pons-Fuster Olivera

En Valencia, a dieciocho de  
noviembre de dos mil quince

Vistos ante la Sección Décima de la Ilmta. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Modificación Medidas Contencioso n° 943/2014, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 2 DE MONCADA, entre partes, de una como parte demandante - apelada, D/

representado por el/la Procurador/a D/Dª. SANTIAGO GEA FERNANDEZ y defendido por el/la Letrado/a D/Dª. LUIS-IGNACIO AREGO CASADEMUNT y de otra como parate demandada - apelante, D/Dª.

, representado por el/la Procuradora D/Dª. MIGUEL JAVIER CASTELLO MERINO y defendido por el/la Letrado/a D/Dª

Y siendo parte el

**MINISTERIO FISCAL NGF: 217938/14.**

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dª. Ana Vega Pons-Fuster Olivera.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 2 DE MONCADA, en fecha veintiocho de mayo

de 2015, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

*Estimar la demanda interpuesta por don .* *contra doña*  
*acuerdola modificación de las medidas acordadas en la Sentencia de divorcio de 3 de mayo de 2011, autos 1346/2012 del Juzgado de Primera instancia n° 24 de Valencia, confirmada en apelación por la Audiencia Provincial, en relación con los menores*  
*en el sentido siguiente:*

*A partir de septiembre, tras las vacaciones de verano, se establece la custodia compartida de los menores, por periodos semanales, de lunes a lunes, con una visita intersemanal de los menores, que, salvo acuerdo, será los jueves, desde la salida del colegio, o de no haberlo a las 17.00 horas, hasta la mañana siguiente, con entrega de los niños en el colegio. Los periodos vacacionales se dividirán por mitad.*

*Cada uno de los progenitores hará frente a los gastos ordinarios menores de los niños generados durante el periodo en el que esté en su compañía. Los gastos ordinarios de mayor entidad (vestido, colegio, uniforme, material escolar, medicación, etc.), no derivados de estar en la compañía directa de un progenitor, y los extraordinarios necesarios se pagarán por mitad por ambos progenitores.*

*Hasta las vacaciones de verano se mantendrá la custodia materna, si bien se amplía el régimen de visitas a favor del padre, de forma que la visita intersemanal será con pernocta, hasta la mañana siguiente con entrega de los niños en el colegio, y la visita de fines de semana alternos será desde el viernes hasta el lunes al comienzo del colegio.*

*No se hace imposición de costas.*

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte demandada se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día 18 de noviembre de 2015 para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni practicado prueba.

**TERCERO.-** Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Por sentencia de divorcio 3 de Mayo de 2011 se regularon las medidas respecto de los hijos comunes de los litigantes entre ellas la atribución de la custodia de los hijos a la progenitora.

El demandante solicitó con la demanda rectora de las presentes actuaciones modificación de las medidas, a fin de que se estableciera la custodia compartida sobre los hijos, petición que fue atendida por el juez *a quo* sobre la base fundamentalmente de la prueba pericial practicada.

**SEGUNDO.-** La sentencia es recurrida por la representación de la progenitora, alegando interpretación y aplicación errónea de las normas, y error respecto a la valoración de la prueba. Sostiene que no se ha producido un cambio sustancial en las circunstancias de las partes ni de los hijos, que cuando se dictaron las anteriores medidas ya estaba en vigor la Ley Valenciana de Relaciones Familiares, también conocida como ley de custodia compartida, y que habiéndola solicitado entonces el padre, fue rechazada, y desaconsejada por el Equipo Técnico que intervino en aquel procedimiento, fundamentalmente por la falta de comunicación y conflictividad entre las partes. Alegó además que contraindicaban la custodia compartida el horario y la falta de apoyo familiar del , quien por su trabajo ha de hacer viajes, frecuentes, como lo prueba que tenga a su disposición un vehículo de la empresa y el percibo de complementos por disponibilidad y salidas.

Pero el motivo no puede ser compartido, una medida tan personal como el régimen de convivencia de los hijos con los padres, ligada al crecimiento y evolución de los menores permite que sólo por el transcurso del tiempo se reevalúe la situación para determinar si lo que se consideró más favorable en su momento, sigue siéndolo. Y es bien sabido que la mayor autonomía de los hijos como consecuencia de su crecimiento es una circunstancia que favorece la custodia conjunta. Hoy los hijos tienen 7 años, cuatro años más que cuando se acordó la custodia materna, en este tiempo el padre ya ha adquirido una experiencia en el manejo individual de los hijos, y en la actualidad cuenta con el apoyo de sus padres en la vivienda, que aunque estén mayores, son referentes familiares para los niños si están atendidos además por una tercera persona, en el caso de que el padre tenga que ausentarse por motivos de trabajo.

Por otro lado, en la sociedad actual en que es habitual que ambos miembros de la pareja trabajen, sólo el ejercicio de profesiones o empleos con exigencias muy especiales debería ser una cortapisa que impida a los padres ejercer de forma igualitaria sus derechos y cumplir sus deberes para con los hijos, entrando dentro de lo normal el que puntualmente, o

incluso con regularidad los padres se tenga que apoyar en terceros para atender a los menores. Lo decisivo, como vienen afirmando los psicólogos no es tanto que los padres estén todo el tiempo con sus hijos, como que el cuando los tienen en su compañía, les procuren su dedicación, afecto y velen por su interés.

El hecho de que las partes tengan una mala relación y comunicación, lo que ya se advirtió en el anterior procedimiento, debe matizarse. Afortunadamente, pese a la conflictividad adulta, tiene la suficiente responsabilidad para poner por encima de sus diferencias el bienestar de sus hijos, según aseveró la perito, y se infiere de los mensajes aportados en autos. Más parece que las malas relaciones se han exacerbado, a propósito o no, con ocasión del presente procedimiento que ha propiciado que algún desencuentro haya pasado a mayores.

La ley Valenciana ya recoge expresamente que la mala relación entre las partes no es factor que excluya de la convivencia conjunta ( art 5 Ley Valenciana 5/2011).

De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor.

Sólo lo serán, como señala la STS 4-12-2012 “cuando la conflictividad impida la comunicación y que exista un cauce normalizado que permita el ejercicio de la custodia compartida”.

Y en el presente caso, la perito ya informó acerca de que las malas relaciones entre las partes no están haciendo mella en los hijos.

En definitiva, no se aprecian las circunstancias excepcionales de que habla la STSJCV dictada en el recurso de casación civil de fecha 6 de Septiembre de 2013 ni por tanto motivo para revocar la decisión de acordar la convivencia conjunta, modalidad que debe regir con carácter mayoritario y que se funda en la presunción de que si los dos padres están en condiciones de asumir su cuidado y educación, lo más conveniente para los hijos o *favor filii*, es vivir con ambos por ser lo más enriquecedor para los menores favoreciendo una relación simétrica, en condiciones de igualdad y regular con los dos progenitores.

**TERCERO.-** Respecto al error en la valoración de la prueba, la Sala tampoco comparte las apreciaciones de la recurrente, que pretende suplantar, con su subjetiva e interesada óptica la visión más imparcial del juez, que ha interpretado correctamente el principio del *favor filii* al valorar la prueba pericial, tanto el informe escrito como las manifestaciones de la técnico en la vista que fue concluyente en el sentido de que no había

ningún impedimento para la custodia conjunta. La misma recurrente manifestó a la psicóloga -folio 356- “que estaría de acuerdo con la custodia compartida siempre y cuando el Sr. demostrara un equilibrio emocional suficiente además de una infraestructura acorde a las necesidades de los menores”. Pues bien, no hay ningún indicio de que el actor no tenga esa estabilidad anímica, y ya hemos dicho que sí cuenta con ecosistema adecuado para tener a sus hijos.

Por lo expuesto, se rechaza la pretensión prioritaria de la recurrente.

**CUARTO.-** Respecto a las dos peticiones restantes de la progenitora debe acogerse, la de que la visita intersemanal sea desde la salida del colegio por la mañana, al menos cuando le corresponde a ella, a fin de evitar que los hijos coman en el comedor del colegio, lo que no era de su agrado.

Por último, no ha lugar por último a revocar la previsión de que los gastos extraordinarios se abonarán al 50%, ya que aunque la capacidad económica de ambos no sea idéntica, es suficiente en todo caso, y es criterio de esta Sala que sólo en casos de grandes diferencias y de dificultad para una de las partes de afrontar al 50% los gastos extraordinarios se fijen proporciones diferentes, a fin de evitar posiciones de abuso.

**QUINTO.-** En materia de costas procesales, no procede imponerlas a ninguna de las partes, dada la especialidad de la materia.

## **FALLAMOS**

En atención a todo lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad del Rey

### **Ha decidido:**

Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº2 de Moncada, de fecha 28 de mayo de 2015 dictada en autos 943/14, en el sentido de que las visitas con la madre durante las semanas que los hijos conviven con el padre serán desde la salida del colegio por la mañana, confirmando en el resto la misma, sin imponer las costas causadas en esta alzada a ninguna de las partes.