

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1
REQUENA (VALENCIA)**

Avenida REINAS, S/N
TELÉFONO: 96.232.82.10

N.I.G.: 46213-41-2-2016-0001673

Procedimiento: Asunto Civil 000.

SENTENCIA Nº 66/17

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª PABLO IGNACIO LUJÁN MARTÍNEZ

Lugar: REQUENA (VALENCIA)

Fecha: veinticinco de mayo de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE: M.

Abogado:

Procurador: RAMOS RUIZ, VANESSA

PARTE DEMANDADA

Abogado:

Procurador: VIVES CERVERA, ANTONIO

OBJETO DEL JUICIO: Modificación medidas no consensuadas

HECHOS

PRIMERO.- Por la representación procesal de [redacted] el 17/05/2016 se interpuso demanda de modificación de medidas definitivas respecto de las acordadas en sentencia de 16/10/2012 Autos de divorcio 688/12 de este Juzgado.

La demanda fue admitida por decreto de 04/07/2016 y contestada por el Ministerio Fiscal el 19/07/2016 y por la parte demandada [redacted] el 07/12/2016.

El día 24/05/2017 tuvo lugar la vista correspondiente al presente procedimiento practicándose como prueba:

- Por la parte actora. Documental, con aportación de nueva documental en la vista. Pericial Judicial.

- Por la parte demandada. Documental, con aportación de nueva documental en la vista. Pericial Judicial.

- Por el Ministerio Fiscal. Documental y pericial judicial.

Tras la práctica de la prueba, quedaron las actuaciones para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-De conformidad con lo dispuesto en el art. 775. LEC “1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.

3. Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773.”

En este caso las medidas vigentes al tiempo de interponerse la demanda modificativa respecto de la hija menor de edad en tanto nacida el 1 de octubre de 1998 eran las que se acordaron en la sentencia 16/10/2012 Autos de divorcio 688/12 de este Juzgado

Dicha resolución dictada de mutuo acuerdo entre las partes supuso la aprobación de un convenio regulador de 20/07/2012 que en la parte que resulta relevante a los efectos de la presente causa atribuyó un sistema de guarda y custodia monoparental en la persona de la madre, un régimen de visitas y comunicación amplio respecto del padre y una fijación de una pensión alimenticia a abonar por el mismo.

SEGUNDO.-El criterio principal que debe tenerse en cuenta para resolver sobre las cuestiones que afecten a los menores, es el de su superior interés, que ya venía recogido en el art.3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño como primordial, en la Carta Europea de Derechos del Niño de 1992, bajo el término salvaguardia de intereses del niño. Este criterio, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como criterio interpretativo, señalando el art.2.1 la indicada norma “En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”, indicándose también en el apartado 4 párrafo segundo del art.2 que “En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre

cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”, señalándose también que se protegerá “la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas”; se ponderará “el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo”; “la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...” y que “la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara”.

La sección 10ª de la Audiencia Provincial de Valencia exponía en su sentencia 275/2010 de 10 de mayo que *“la ley no dice cuando ha habido un cambio sustancial de las circunstancias, por lo que será las exégesis jurisprudencial la que nos irá dando las pautas a través de las cuales deduciremos los requisitos exigidos para la procedencia de la demanda de modificación y que son 1.-Que haya existido un cambio objetivo de las circunstancias que concurren y se tuvieron en cuenta cuando se dictó la sentencia matrimonial anterior , lo que supone , que los hechos en los que se base la demanda se hayan producido con posterioridad a dictarse la sentencia que fijo las medidas; 2.- que la variación o cambio sea sustancial, esto es que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida. 3.- Que el cambio de circunstancias sea permanente o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio. 4.- que se trate de circunstancias sobrevenidas e imprevisibles 5.- involuntarias esto es ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación y 6.- Que se acredite en forma por el cónyuge que la solicita el cambio de circunstancias, de conformidad con el 217 de la LEC y debiendo probar las existentes entonces, de modo que quien la inste debe acreditar no sólo el cambio sino también la situación anterior para que el Tribunal pueda establecer la exacta comparación entre el entonces y el ahora.”*

Resulta de gran importancia a la hora de resolver el presente pleito examinar no sólo el tiempo transcurrido desde la sentencia del año 2012, sino en qué medida pudiera ser más beneficiosa para la hija menor cualquier modificación del sistema pretendido (la parte actora interesa primariamente una custodia monoparental paterna y subsidiariamente una custodia compartida y la demandada la desestimación de la demanda – o lo que es lo mismo, el mantenimiento de las medidas definitivas vigentes en la actualidad-.

La prueba principal a la valorar es la pericial judicial elaborada por Sara Ruiz Navarrete tras un examen amplio de las circunstancias de ambos progenitores y la menor, apreciando la perito una actitud colaboradora por ambas partes y especialmente no apreciar ningún nivel de conflictividad elevado. Destaca la perito menciona al padre como primera figura de apego (vínculo primario) pero que también existe vínculo con la madre, sugiriendo la mencionada profesional un sistema de custodia compartida al necesitar la menor un mayor tiempo con su padre. Se mencionó en la vista que dicha manifestación de la menor no era un mero capricho sino una necesidad, y que se había valorado las circunstancias laborales del padre respecto de la posibilidad de que puntualmente tuviera funciones de guardia o de retén.

Sobre este último punto, y destacando que los dos progenitores son militares profesionales indica la perito que la Sra. no le mencionó que tuviera guardias y que en el caso del

Sr. se le manifestaron que eran puntuales siendo la eventual ausencia suplible bien por el otro progenitor o por la red de apoyo del padre. En este caso se aprecia que transcurrido un tiempo más que prudencial desde el divorcio ambos progenitores han empleado los oportunos recursos para el cuidado de su hija, no apreciando ni un nivel de conflictividad elevada ni ningún obstáculo para que la necesidad manifestada por la menor sea atendida cuando redundará en su beneficio.

En este sentido el doc.3 de la demanda es demostrativo de la concesión al padre de flexibilidad laboral en cuanto a los horarios de entrada y de salida, pudiendo comprobar que en el oficio presentado, puede el mismo comenzar su jornada laboral de permanencia en el puesto de cabo 1º en la UME a las 09:30 (08:00+1:30) y adelantar en una hora y media el fin de su jornada laboral (17:00 – 1:30). Se entiende que la progenitora también podría interesar la concesión de una medida de conciliación en los mismo términos.

Se comparte con la perito que actualmente el sistema más adecuado al interés de la menor es la custodia compartida entre ambos progenitores, disponiendo de domicilios muy próximos geográficamente y de posibilidades laborales flexibles favorecedoras de la conciliación familiar. A sensu contrario la STS de 21 de septiembre de 2016 recuerda que se requiere un mínimo de capacidad de diálogo para poder establecer un sistema de custodia compartida, lo que en este caso sí existe, exigiendo la norma (y el derecho natural) una necesaria colaboración entre los progenitores para el ejercicio ordinario de la patria potestad compartida. La STS149/2016 de 8 de enero recuerda que *“Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015 , entre otras:*

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.*
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.*
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.*
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.”*

Sobre el art. 92. 8 CC: «la redacción de dicho artículo no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, debería considerarse la más normal, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea». Tesis que sería reiterada por numerosas sentencias de la Sala Primera» (SSTS de 25 de noviembre de 2013, Rec. 2637/2012, y de 17 de diciembre de 2013, Rec. 2645/2012, entre otras).

Régimen que pretende aproximar «al modelo existente antes de la ruptura y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de “seguir” ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos» (STS de 30 de mayo de 2016, Rec. 3113/2014).

Debe volver a incidirse en que en el caso de los dos progenitores se cumple la premisa de relación razonable de mutuo respeto que recuerda el Alto Tribunal al señalar que «la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad» (SSTS de 25 de abril de 2016, Rec. 1980/2015, y de 21 de septiembre de 2016, Rec. 3282/2015, entre otras). «Para la adopción del sistema de custodia compartida no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales, como los ahora litigantes» (STS de 16 de febrero de 2015, Rec. 890/2014).

No se aprecia ningún elemento negativo u obstáculo para acceder a la petición subsidiaria de la parte demandante (custodia compartida) considerando que para la menor el sistema más beneficioso es la custodia compartida en este caso distribuida por semanas de forma equitativa. Sí se va valorar en la parte dispositiva la incidencia de que puntualmente puedan ser activados los progenitores para la realización de alguna actividad o maniobra militar, destacando que una cuestión es una guardia de permanencia y otra bien diferente la de disponibilidad (buena prueba de ello es el sistema de guardias de este partido judicial y otros análogos).

No se entiende aplicable el punto cuarto de la petición subsidiaria (compensación por pérdida de uso de vivienda) en virtud de la STC 192/2016, de 16 de noviembre de 2016 que ha supuesto la declaración de inconstitucionalidad de la norma valenciana (Ley de las Cortes Valencianas 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven). Sin embargo lo que sí se estima razonable es la limitación de uso de la vivienda en la medida que se fija una guarda y custodia compartida de esta forma, se establece una limitación al uso de la vivienda a la esposa hasta el fin del período lectivo del curso 2017-2018 de la fija en el mes de junio. Todo ello siguiendo el criterio del TS al afirmar: «Se trata de un tiempo suficiente que va a permitirle buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas» (STS de 27 de junio de 2016, Rec. 1694/2015).

Hasta que transcurren dicho período disponen los padres de tiempo suficiente para optar si a partir de dicho momento en el mes de junio de 2018, en interés de su hija acuerdan alternarse los progenitores en el uso de la vivienda residiendo la menor siempre allí o si prefieren que la menor resida en cada período en el domicilio del Sr. [redacted] y en el nuevo domicilio que la Sra. [redacted] tenga que procurarse salvo que pacte un arrendamiento del domicilio de la [redacted] de la localidad de [redacted] con el otro cotitular o una compensación

económica.

En cuanto a la forma de contribución conjunta a los gastos ordinarios, a la vista de los datos económicos de ambos progenitores (y las nuevas nóminas aportadas) se entiende que la situación es pareja encontrándose justificado que realicen en previsión un ingreso mensual de 125 euros cada uno en una cuenta conjunta para atenderlos.

Debe precisarse respecto del concepto de gastos extraordinarios, que la contribución será por mitades y que tales gastos de conformidad con la STS de 21/09/2016, son exclusivamente aquellos imprevistos e imprevisibles. No son gastos extraordinarios los gastos causados al comienzo del curso escolar de cada año, puesto que son gastos ordinarios en cuanto son gastos necesarios para la educación de los hijos, incluidos, por lo tanto, en el concepto legal de alimentos. Además, como se producen cada año son, como los demás gastos propios de los alimentos, periódicos (lo periódico no es solo lo mensual) y, por lo tanto, previsibles en el sí y aproximadamente en el cuánto. En cambio la realización de actividades que se juzguen convenientes pero no sean necesarias (ej/ actividades extraescolares nuevas) requerirá para ser abonable en la misma proporción por ambos progenitores el conocimiento y el consentimiento previo.

En conclusión, las circunstancias actuales de la menor justifican de conformidad con el informe pericial disponible un cambio de custodia hacia la compartida, entendiéndose que si se produjera un cambio hacia una monoparental paterna (petición principal de la demanda) se estaría ante la misma situación pero en sentido contrario, faltando tiempo de estancia con la madre. Dicha menor actualmente de diez años de edad, tiene la necesidad, de encontrarse con sus dos progenitores en tiempos equiparables, siendo que en este caso las circunstancias de ambos tanto laborales como de residencia y de su entorno personal (familiar y social) favorecen el modelo deseable de custodia compartida.

TERCERO.- Dada la especial naturaleza de este tipo de procedimiento no procede hacer especial pronunciamiento en costas.

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

PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo estimar parcialmente las peticiones de las partes personadas, y en consecuencia aprobar la MODIFICACION PARCIAL de las medidas definitivas acordadas en sentencia 16/10/2012 Autos de divorcio 688/12 de este Juzgado en el siguiente sentido:

1º Custodia. Se establece un sistema de guarda y custodia compartida de la menor entre los dos progenitores con estancias semanales alternas con cada uno de ellos realizándose la entrega y recogida los lunes a la salida del centro escolar. En caso de tratarse de un lunes festivo que no forme parte de vacaciones escolares pactarán los progenitores el lugar de entrega en la localidad de residencia de la menor.

Durante cada semana el progenitor no custodio en ese momento podrá tener en su compañía a su hija los miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20:00 horas en que será devuelta al domicilio que dicha semana constituya su domicilio.

Ambos progenitores interesarán la adaptación de su jornada laboral al sistema de custodia establecido, y en el caso excepcional de que durante un período de custodia uno de los progenitores tuviera inexcusablemente que acudir a su puesto de trabajo por motivo de guardias, maniobras u otras actividades laborales urgentes será suplido durante el tiempo necesario por el otro progenitor que asumirá la custodia. Sólo en caso de imposibilidad de ese otro progenitor, el progenitor custodio utilizará sus redes familiares y sociales de apoyo para que en casos puntuales puedan hacerse cargo temporalmente de la menor.

2º Períodos vacacionales. Las vacaciones escolares de la menor Navidad, Fallas, Semana Santa y verano serán distribuidas en la misma forma vigente en el Convenio vigente. Apartados b-1, y b-2 indicando que en caso de que no exista acuerdo para la elección de períodos el padre elegirá los años pares y la madre los impares debiendo comunicar la opción con un mes de antelación como mínimo.

3º Gastos de alimentos. Cada progenitor ingresará mensualmente la cantidad de 125 euros en una cuenta conjunta entre los días 1 y 5 de cada mes para atender gastos ordinarios de la menor, debiendo abonar por mitades los gastos extraordinarios necesarios siempre que sean comunicados, entendiéndose por gasto necesario el imprevisto y no periódico. Los gastos extraordinarios no necesarios sólo se abonarán por mitades si son conocidos y consentidos por el otro progenitor. En caso de obtención de ayudas o subvenciones dinerarias por razón de la menor se ingresarán en la referida cuenta común.

4º Uso de la vivienda. Se mantiene a [redacted] en el uso de la vivienda [redacted] a [redacted] de la localidad de [redacted], en interés de la menor hasta la finalización del curso escolar 2017-2018 en el mes de junio del último año. Transcurrido dicho período a elección de los padres la menor podrá permanecer en él (alternándose los progenitores en residir en dicho lugar) o la menor pasará cada período correspondiente en el domicilio de cada uno de los progenitores, que en el caso de la Sra. [redacted] sólo podrá continuar siendo mismo si pacta un arrendamiento o una compensación con el cotitular del bien [redacted].

5º Otros. En caso de cumpleaños de los progenitores la menor pasará el día con el que corresponda aunque en esa fecha se encuentre bajo la custodia del otro progenitor.

En caso de campamentos de verano o actividades asimilables se decidirán de mutuo acuerdo por ambos progenitores. En defecto de acuerdo nunca podrían afectar al período asignado al otro progenitor.

Vigencia de las restantes medidas. En el resto de cuestiones siguen plenamente vigentes las medidas no modificadas, señalando específicamente que ante el mantenimiento de la patria potestad compartida las decisiones más relevantes sobre la menor, entre ellas la elección de centro educativo, se realizarán por acuerdo entre los progenitores, sin perjuicio de poder acudir en caso de discrepancia a la decisión judicial.