

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
VALENCIA**

NIG 46250-31-2-2015-0000037
Rollo Civil nº 18/2015

SENTENCIA Nº 26/2015

Excma. Sra. Presidenta

D^a Pilar de la Oliva Marrades

Iltmos. Sres. Magistrados

D. Antonio Ferrer Gutiérrez

D. José Francisco Ceres Montés.

D^a M^a Pía Calderón Cuadrado.

D. José Antonio Lahoz Rodrigo.

En Valencia a nueve de noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de casación civil contra la sentencia de la Sección Décima de la Ilma Audiencia Provincial de Valencia, nº 182/2015, de fecha 30 de marzo de 2015, resolutoria del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 1 de Xátiva, de fecha 22 de septiembre de 2014, en los autos de modificación de medidas nº 514/2013, cuyo recurso de casación fue interpuesto por la Procurador de los Tribunales D. XXX en nombre y representación de D. XXX, defendido por el Letrado D. XXX; habiendo sido parte recurrida, D^a XXX, representada por el Procurador de los Tribunales D. XXX y defendida por la Letrada D^a. Mar Evangelio Luz, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Iltmo. Sr. D. José Antonio Lahoz Rodrigo, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Xátiva, a instancia de don XXX, se dictó sentencia en fecha 22 septiembre 2014 en el procedimiento de modificación de medidas número 514/2013 en el que fue parte demandada doña XXX y el Ministerio Fiscal. En su fallo disponía: “ Que estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. XXX en nombre y representación de don XXX frente a doña XXX acuerdo que ha lugar a la modificación de las medidas definitivas establecidas en la sentencia de fecha 22 abril 2009 dictada por este Juzgado en el procedimiento de divorcio número 409/2008 en los siguientes términos: 1.- Se establece un régimen de convivencia compartida por ambos progenitores con las hijas menores de edad por períodos semanales alternos, iniciándose cada período semanal los lunes a la salida del colegio. En cuanto a las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano se disfrutarán por mitad, tal como viene dispuesto en la sentencia de divorcio. El régimen ordinario semanal alterno, quedará interrumpido durante los citados periodos vacacionales. 2.- El padre abonará mensualmente a la madre en concepto de gastos ordinarios de sus hijas la cantidad de 150 euros, cantidad que será satisfecha y actualizada en los mismos términos que venían previstos para la pensión alimenticia de las menores en la sentencia de divorcio. Los gastos extraordinarios de las hijas serán satisfechos por mitad de ambos progenitores. No procede expresa condena en costas ninguna de las partes”.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por el Procurador de los Tribunales D. XXX en nombre y representación de D^a. XXX se interpuso recurso de apelación, solicitando la revocación de la sentencia de instancia y que se mantengan las medidas fijadas en sentencia de 22 de abril de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Xátiva.

Admitido a trámite dicho recurso por diligencia de ordenación de 28 de octubre de 2014, se dio traslado a la parte demandante para que en plazo de 10 días pudiera formular oposición o impugnación a la sentencia, presentando en fecha 12 de noviembre de 2014 escrito de oposición en el que solicitaba la confirmación de la sentencia de instancia. Por el Ministerio Fiscal en fecha 20 de noviembre de 2014 se presentó escrito adhiriéndose en parte al recurso presentado.

Por diligencia de ordenación de 13 de noviembre de 2014 se acordó remitir las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 23 de diciembre de 2014 la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Valencia tuvo por recibido el procedimiento, designó ponente y tuvo por personada a la parte apelante y apelada. Por auto de 7 de enero de 2015 se desestimó el recibimiento a prueba interesado por la representación de D^a. XXX.

Por diligencia de ordenación de 2 de febrero de 2015 se notificó el cambio de ponencia, designando a la Magistrada D^a. Ana Delia Muñoz Jiménez.

Por providencia de 2 de febrero de 2015 se señaló la votación y fallo del recurso.

En fecha 30 de marzo de 2015 se dictó sentencia, nº 182/15, en cuyo fallo dispuso: “Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a. XXX contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Xátiva en fecha 22 de septiembre de 2014 en autos 514/2013, revocando lo dispuesto en la misma y desestimando la demanda

de modificación de medidas interpuesta por la representación de D. XXX, sin imposición de las costas causadas en esta alzada.

En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara su devolución.”

CUARTO.- Contra la referida sentencia de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, se interpuso por el Procurador de los Tribunales D. XXX en representación de D. XXX los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal para ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por interés casacional por oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana sobre el artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, sentencia de 6 de septiembre de 2013.

Por diligencia de ordenación de la Sra. Secretaria de la referida Sección, de 7 de mayo de 2015, se tuvo por interpuesto el escrito de interposición del recurso de casación y de infracción procesal, y dispuso el emplazamiento de las partes ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, y la elevación de los autos ante el mismo.

QUINTO.- Recibidos el rollo y autos originales en esta Sala, por diligencia de ordenación de la Sra. Secretaria, de 18 de mayo de 2015, se turnó la ponencia, y se tuvo por personada a D^a. XXX; por diligencia de ordenación de 28 de mayo de 2015 se tuvo por personado al recurrente D. XXX y se pasaron las actuaciones al Magistrado-Ponente para instrucción y sometimiento a la Sala acerca de la admisión o inadmisión del recurso de casación, lo que se efectuó una vez firme la resolución referida.

Por auto de 15 de julio de 2015 se declaró la competencia de la Sala y se admitió a trámite los recursos de casación y de infracción procesal interpuestos por D. XXX.

Por diligencia de ordenación de 17 de julio de 2015 se acordó dar traslado del recurso a la representación procesal de la recurrida, doña XXX y al Ministerio Fiscal, para que pudiera formalizar su oposición al mismo en plazo de 20 días.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito de oposición en fecha 1 de septiembre de 2015, interesando la desestimación del recurso.

Por el Procurador don XXX en representación de doña XXX en fecha 15 de septiembre de 2015 se presentó oposición a los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal, interesando su desestimación.

SEXTO.- Por diligencia de ordenación de 13 de octubre de 2015 se notificó el cambio de Ponente, designando al Ilmo Magistrado D. José Antonio Lahoz Rodrigo a quien pasaron las actuaciones a los efectos legales oportunos.

La Sala por providencia de 14 de octubre de 2015, no habiendo solicitado las partes la celebración de vista, señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 22 de octubre de 2015, en cuya fecha se procedió a la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La competencia de esta Sala respecto del conocimiento del recurso de casación, viene establecida en lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder

Judicial, que atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, competencia para el conocimiento de los recursos extraordinarios de casación que la ley establezca “*contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución*”. Asimismo el artículo 478.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone, en coincidencia con el precepto anteriormente citado, que “*corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución*”. Por último, el artículo 33.1 y 2 y del artículo 37.2 del vigente Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana prevé expresamente tal atribución competencial al hacer referencia, como competencia específica de esta Sala, al conocimiento de los recursos de casación “*en materia de Derecho civil foral valenciano*”. Igualmente, este tribunal es competente para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta de la LEC que establece: “*En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario de infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto d las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.*”, y en el epígrafe 1º dispone: “*Sera competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la sala de lo civil del tribunal supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a la Salas de lo Civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia , las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente ley.*”

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la Sala dictó auto de 15 de julio de 2015, por el que admitió a trámite el recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al venir el recurso referido a la infracción del artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, suscitando el interés casacional por oposición a la doctrina del TSJCV en su sentencia de 6 de septiembre de 2013.

Aun cuando la resolución de admisión no es susceptible de recurso, cabe sin embargo la oposición al comparecer ante el Tribunal de conformidad con lo establecido en el citado artículo 479.2, último párrafo, cuestión que plantea expresamente el Ministerio Fiscal, que ha de ser examinada y resuelta con carácter previo a cualesquiera otras, ya que de concurrir la causa de inadmisibilidad solicitada, decae cualesquiera otras cuestiones planteadas por el recurso. La inadmisibilidad se fundamenta en la falta de respeto a la valoración de la prueba efectuada en la sentencia recurrida al pretender una revisión de los hechos declarados probados.

El Ministerio Fiscal, con cita de la doctrina general de la Sala 1ª del TS sobre los límites a la revisión de la prueba, admitida tan solo cuando resulte manifiestamente arbitraria o ilógica, expone que el recurrente obvia toda consideración sobre la valoración realizada por la

sentencia recurrida, en particular los razonamientos expuestos en el fundamento jurídico primero, y que pretende sustituir los hechos declarados probados en la sentencia por los que él considera probados.

El recurso de casación denuncia la infracción del artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, al considerar que la sentencia recurrida no valora en toda su extensión el informe psicosocial emitido en el que no solo se tiene en cuenta la distancia entre las poblaciones como un elemento de dificultad para el régimen de custodia compartida sino otras circunstancias por las que recomienda este por ser más beneficioso para el interés de las menores. El recurso no impugna el hecho declarado probado de la distancia entre las poblaciones de XXX y XXX/XXX como elemento determinante para la concesión del régimen de custodia monoparental sino el hecho de no haber valorado el informe en su totalidad, y al afectar el recurso al “principio favor filii” de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del TS es admisible la casación por interés casacional pues se trata de revisar si la valoración jurídica de la sentencia recurrida contradice la doctrina de la Sala en su sentencia de 6 de septiembre de 2013. Aunque no resulta aplicable al caso si conviene señalar el paralelismo existente con la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del TS al admitir el recurso de casación por interés casacional cuando se trata de revisar la adecuación de la resolución al principio “favor filii” sin modificación de hechos declarados probados, entre otras las sentencias de 22 de julio y 3 de octubre de 2011, nº 579 y 659, de 29 de abril de 2013, nº 257 y de 15 de julio de 2015, nº 391.

La revisión de las conclusiones en las que el tribunal sienta la concesión del régimen de custodia monoparental no constituye “per se” una falta de respeto a la valoración de la prueba realizada por el tribunal de apelación ni a los hechos declarados probados, pues hay que valorar un conjunto de criterios en términos semejantes a los que señalan las sentencias citadas, entre otros: “La práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.

Concurre causa de admisión del recurso, ratificando la decisión adoptada en el auto de 15 de julio de 2015.

TERCERO.- La Disposición final decimosexta de la LEC regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios y en el apartado 6 dispone: “Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, solo cuando este se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia.”

Bajo el enunciado: “II. MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL” se plantean: 1º.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al amparo del ordinal 2º del artículo 469, 1 de la LEC por infracción de los artículos 217 (carga de la prueba) y 281 (objeto y necesidad de la prueba). En base a la no

consideración del informe pericial favorable a la guarda y custodia compartida, elaborado por la perito judicial, doña XXX. 2º.- Infracción procesal al amparo del número 4º del artículo 469,1 de la LEC, citando como infringido el artículo 24 de la CE por vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión como incompatible con un pronunciamiento arbitrario, ilógico o irrazonable. Por entender ilógico e irrazonable la conclusión contenida en la sentencia respecto a que existe una razón excepcional que justifica, atendiendo al interés de las menores, el mantenimiento de la custodia exclusiva de la madre.”

Se formulan dos motivos de infracción procesal cuyos enunciados son incompatibles entre sí, no obstante su fundamentación se unifica y se transforma en un único motivo comprendido en el artículo 469.1.4º “Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución” con fundamento en la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva al ser el pronunciamiento arbitrario, ilógico y razonable. Alega el recurrente que la sentencia recurrida se abstrae del contenido y conclusiones del informe pericial emitido y reduce su valoración a una sola de ellas. El factor distancia entre las poblaciones es examinado como un elemento de dificultad para el régimen de custodia compartida aunque puesto en relación con las ventajas que también se exponen declina en favor de estas por ser más beneficioso para los hijos menores.

La doctrina jurisprudencial del TS sobre los errores en la valoración de la prueba es que no pueden canalizarse por la vía del artículo 469.1.2º LEC pues está reservado al examen del cumplimiento de las normas procesales reguladoras de la sentencia que comprende el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos, pero no las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto. Solo cabe someterlas al examen del tribunal de casación, al amparo del artículo 469-1-4 LEC cuando por ser manifiestamente arbitraria e ilógica la valoración de la prueba, esta no supera el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (SSTS 28/11/2008 y 18/06/2009, ATS 12/4/2011 y STSJ Comunidad Valenciana de 2/11/2004).

La sentencia recurrida, en relación a la valoración del informe pericial, no llega a una conclusión arbitraria e ilógica en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional de no superar el test de racionalidad exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva, al exponer en su fundamento primero como principal circunstancia los datos objetivos en que fundamenta su valoración, distancia entre poblaciones y posible duración del desplazamiento, que justifican la decisión de establecer el régimen de custodia monoparental atendiendo exclusivamente al principio “favor filii”, y como circunstancias secundarias valora la incidencia del deseo de las menores en relación al régimen de custodia compartida, la mayor dedicación de la progenitora en el cuidado y atención de las hijas menores, las inexistentes relaciones entre los progenitores y la posibilidad de que el progenitor no pueda atender personalmente a sus hijas dadas sus ocupaciones laborales, y todo ello se integra en un razonamiento que en modo alguno resulta ilógico o arbitrario, y ello sin perjuicio de su posterior análisis en el examen del recurso de casación.

CUARTO.- El recurso de casación tiene su fundamento en la infracción del artículo 5 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, al oponerse a la doctrina de este

Tribunal en sentencia de 6 de septiembre de 2013 que expone: “ Para el establecimiento o en su caso el mantenimiento del régimen de custodia individual se requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal.”

La sentencia recurrida revoca el régimen de custodia compartida reconocido en la sentencia de primera instancia al considerar, en primer lugar, que la distancia entre las poblaciones de XXX y XXX/XXX es una circunstancia excepcional que justifica el régimen de custodia monoparental; la distancia, de acuerdo con los datos de la sentencia recurrida es de 90 km; en segundo lugar, que el deseo manifestado por las menores de compartir con su progenitor más tiempo no es determinante al no tener la suficiente madurez para darse cuenta de las dificultades que supone un desplazamiento diario entre las dos poblaciones.

La parte recurrente expone que la valoración del informe pericial es parcial, tanto en lo referente al hecho declarado probado de la distancia entre las poblaciones de XXX y XXX/XXX como al resultado de la exploración de las menores, y sobre todo por no considerar otros elementos, como son la inadaptación de las menores a la estructura y dinámica familiar que vienen desarrollando, la falta de respuesta adecuada a las dificultades educativas y, por último, la necesidad de relación y contacto de las menores con el otro progenitor, por lo que la perito judicial considera como más beneficioso el régimen de custodia compartida y ello pese a la adversa circunstancia de la distancia entre las poblaciones de XXX, lugar donde residirían con su progenitor, y XXX/XXX, la primera, donde se ubica el Instituto de Secundaria al que acude la hija mayor y la segunda, donde residen y se ubica el Colegio público en el que está escolarizada la menor. Además señala, como recoge la sentencia de primera instancia en su fundamentación que la hija menor habría iniciado el año escolar en el Instituto de XXX. Por último, también alude a la distancia que diariamente recorren entre XXX (lugar de residencia) y XXX (Instituto de secundaria) en transporte escolar con una duración próxima a los 30 minutos.

El recurso de casación denuncia la infracción del artículo 5 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, y constituye el supuesto de recurribilidad la oposición a la doctrina jurisprudencial de este tribunal, sentencia nº 9/2013 de 6 de septiembre, que establece: “Declaramos como doctrina de esta Sala respecto del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto.” A destacar que en su fundamento noveno, tras la cita de los apartados 2 y 3 del artículo 5 y de la exposición de motivos, expone que el régimen de custodia compartida se convierte en criterio prevalente, resultando excepcional el régimen de custodia individual en los términos del apartado 4, exigiendo en este caso la concurrencia del principio “favor filii” e informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. Por lo tanto, la regla general es el régimen de custodia compartida y la excepción el monoparental.

En el examen del recurso de casación el tribunal debe partir de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida sin realizar modificación alguna, ya que no constituye una tercera instancia. Partiendo de los hechos que se declaran probados debe examinarse si son subsumibles en el supuesto de hecho que recoge la norma pues la función casacional radica en verificar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos declarados probados. Ya se ha indicado la prevalencia del régimen de custodia compartida sobre el monoparental; también, al resolver el recurso de infracción procesal, que la valoración de la prueba que realiza el tribunal de apelación no es arbitraria e ilógica, lo que no significa que pueda infringirse la norma por la vía del error de derecho al subsumir en esta hechos que no revistan la excepcionalidad suficiente para justificar el régimen de custodia monoparental. La concurrencia de circunstancias excepcionales que contempla la norma debe entenderse, no solo, en su acepción gramatical, entendida como “lo que constituye excepción a la regla común”, sino también desde un criterio sociológico en el que se tienda a la realidad social del tiempo en que se aplique, artículo 3 del CC., de conformidad con la jurisprudencia del TS en materia de custodia compartida y principio “favor filii”, entre otras las nº 391/2015 de 15 de julio y la nº 257/2013 de 29 de abril y sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre. De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 5/2011 de 1 de abril, el régimen de custodia compartida es el que mejor conjuga el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y el derecho-deber de estos de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad-familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación.

La sentencia recurrida fundamenta el régimen de custodia monoparental al concurrir circunstancias que califica como excepcionales: a) La distancia entre las poblaciones en que residen los progenitores, XXX y XXX, 88 km; considerada como excesiva; b) La falta de madurez de las hijas para darse cuenta de las dificultades prácticas y de la repercusión que puede tener la necesidad de efectuar tan largos desplazamientos diariamente; c) La mayor dedicación de la progenitora como cuidador principal; d) Las inexistentes relaciones entre los progenitores.

De las circunstancias expuestas dos de ellas son irrelevantes, la primera, referida a la mayor dedicación de la progenitora como cuidadora principal no constituye una circunstancia excepcional cuando nos encontramos en una situación de transito legislativo entre un régimen de custodia monoparental al de compartida, siendo lógico que hasta este momento uno de los progenitores haya asumido con mayor intensidad la guarda y custodia de los hijos menores, debiendo interpretarse en sentido distinto, es decir, si el otro progenitor ha cumplido o no con las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio y posterior de modificación de medidas, y a la vista de lo actuado se comprueba que sí ha existido un cumplimiento regular de las mismas; la segunda, la inexistencia de relaciones entre los progenitores, no puede constituir una circunstancia excepcional que justifique el régimen de custodia monoparental, no solo

porque la Ley 5/2011 prevé en su artículo 5.2 que no será obstáculo para la atribución del régimen de custodia compartida como regla general, sino porque no hay indicio de que afecte a las relaciones de los progenitores con sus hijas menores a la vista de la exposición y conclusiones del informe pericial.

A continuación se analizará si las otras dos circunstancias revisten el carácter de excepcionales. La primera de ellas es la distancia existente entre las poblaciones de XXX (lugar donde reside el progenitor) y XXX (lugar donde se ubica el centro escolar al que actualmente asisten las hijas menores y donde residen en compañía de su progenitora). La sentencia recurrida establece que la distancia es de 88 km y ello constituye una circunstancia excepcional para establecer el régimen de custodia monoparental con la finalidad, que no otra, de no tener que realizar ese desplazamiento. Conviene en este momento referirse a la doctrina del TS, sentencias ya citadas, en las que tras exponer los criterios a tener en cuenta para la determinación del régimen de custodia compartida concluye que es más beneficioso para el menor “aunque en la práctica ello comporte una vida más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”. En ese sentido la circunstancia del desplazamiento constituye una dificultad pero no lo convierte en excepcional que excluya el régimen de custodia compartida por las siguientes razones: primera, en el examen de la motivación se advierte cierta incongruencia en la sentencia recurrida pues fundamenta la decisión en una causa que en modo alguno fue invocada por la recurrente en su recurso de apelación; en efecto, el escrito de interposición se refiere principalmente a la falta de aptitud del progenitor para asumir las funciones inherentes a la custodia compartida y a la falta de madurez de las hijas en su deseo de compartir con su progenitor igual tiempo que con su progenitora, no obstante la decisión por la que se revoca la sentencia de instancia es el factor distancia; segunda, el factor de la distancia entre las poblaciones, como circunstancia negativa, declina ante las múltiples ventajas que la custodia compartida reporta a las menores a razón de los términos en que esta redactada la norma, es decir, salvo prueba en contrario, el régimen general es el de la custodia compartida; tercera, las hijas menores ya realizan un desplazamiento diario entre las poblaciones de XXX, lugar de residencia, y XXX, lugar donde se ubica el Instituto, aunque con menor inversión de tiempo, por lo que no es un factor novedoso en la vida cotidiana de las menores; cuarta, es un hecho notorio que el estado de las autovías de circulación entre las poblaciones garantiza un desplazamiento seguro y con escasa inversión de tiempo, ligeramente superior al que en la actualidad invierten en el desplazamiento entre XXX y XXX, aproximadamente 20 km por una carretera de circulación más lenta y con vehículo de transporte escolar. En modo alguno puede constituir una circunstancia que excluya el régimen de custodia compartida cuando se garantiza un régimen de convivencia paritario entre los progenitores y sus hijos menores.

La segunda circunstancia, la falta de madurez de las hijas para advertir las dificultades prácticas que conlleva el desplazamiento, tampoco constituye una circunstancia excepcional para excluir el régimen de custodia compartida, no solo

porque la sentencia recurrida se limita a restar valor a lo manifestado por las menores, sino también porque se abstrae de otros extremos recogidos en el informe pericial de cuya lectura se desprende que las menores son conscientes de las consecuencias que ha deparado el régimen de custodia monoparental y desean el de compartida. La hija mayor, XXX, a la fecha en que se emite el informe pericial tenía 14 años, la menor, XXX, casi 11 años, ambas se someten a su evaluación, y las conclusiones son que ambas son conscientes de la situación de separación de sus padres, aceptan las formas de convivencia y agrupaciones familiares, reconocen las funciones de cuidado y atención de su madre, por un lado, y de su padre y XXX (actual pareja del progenitor), por otro, no toman partido en el conflicto existente entre sus progenitores y manifiestan su deseo de pasar más tiempo con su progenitor y su preferencia por desarrollar la opción de vivir por periodos iguales con cada uno de sus progenitores. No es admisible que se aprecie falta de madurez por no ser consciente de las incomodidades del desplazamiento y se silencie toda valoración sobre la necesidad de un cambio en el régimen de custodia que expone la perito y que resulta más beneficioso para las menores.

La sentencia recurrida no toma en consideración el factor contemplado en el artículo 5.3.b) para determinar el régimen de convivencia al establecer: “la opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años”. Fundamenta su decisión en la falta de madurez debido a su edad pero no expone la razón por la que considera inmadura a la hija mayor, XXX, y no toma en consideración el deseo de la menor, XXX, que no cuenta aún con 12 años, cuando ambas coinciden en su deseo de vivir por periodos iguales con cada uno de sus progenitores y de conformidad con la norma el deseo manifestado por la hija mayor es relevante para el reconocimiento del régimen de custodia compartida. El factor distancia no integra, como ya se ha expuesto, una circunstancia excepcional en el presente caso para excluir el régimen de custodia compartida, es cierto, que constituye una dificultad en cuanto supone un incremento del tiempo necesario para desplazarse del lugar de residencia al centro escolar, sin embargo, las ventajas que ofrece dicho régimen son superiores, no solo porque se da satisfacción a las necesidades afectivas de las menores en relación con su progenitor sino también porque necesitan su ayuda para superar los problemas de adaptación escolar y social que ambas presentan, motivados en su mayor parte por la ruptura de la convivencia entre sus progenitores.

La sentencia recurrida infringe el artículo 5.2 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, al excluir el régimen general de custodia compartida por una circunstancia que en el presente caso no reviste la excepcionalidad legalmente exigida, entendida con criterios de objetividad que debe presidir la valoración de la prueba y los informes periciales en materia psicosocial.

Consecuencia de ello es la estimación del recurso y que se case la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha 30 de

marzo de 2015 y que se dicte otra en los términos acordados en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Xátiva de fecha 22 de septiembre de 2014.

QUINTO.- Al estimarse el recurso de casación no procede especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas, artículo 398-2 LEC.

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

1º.- Estimamos el recurso de casación civil interpuesto por D. XXX contra la sentencia de la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia nº 182/15, de fecha 30 de marzo de 2015, resolutoria de recurso de apelación formulado contra la sentencia de 22 de septiembre de 2014 recaída en los autos de modificación de medidas nº 514/13 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Xátiva.

2º.- Casamos dicha sentencia de la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia nº 182/15, de fecha 30 de marzo de 2015, y, en su lugar se dicta otra que confirma en su integridad la de primera instancia de fecha 22 de septiembre de 2014.

3º.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la instrucción de que la misma es firme y que contra ella no cabe recurso alguno. Líbrese la correspondiente certificación de la presente sentencia y remítase a la Sección Décima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Valencia con devolución de los autos y del rollo de apelación que en su día fueren remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Extendida y debidamente firmada la anterior resolución definitiva en el día de su fecha, se procede a su publicación y depósito en la Oficina Judicial en la forma establecida en el art. 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Doy fe.