

Roj: SAP V 237/2012
Id Cendoj: 46250370102012100046
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Valencia
Sección: 10
Nº de Recurso: 908/2011
Nº de Resolución: 53/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA-ESPAÑA
Tipo de Resolución: Sentencia

ROLLO Nº 000908/2011

SECCIÓN 10ª

SENTENCIA nº 53-12

Ilmos. Sres./as.

Presidente: don JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA ESPAÑA

Magistrados/as:

doña ANA DELIA MUÑOZ JIMENEZ

doña OLGA CASAS HERRAIZ

En Valencia, a veinticuatro de enero de dos mil doce.

Vistos ante la Sección Décima de la Iltrta. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Divorcio contencioso nº 001346/2010, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 24 DE VALENCIA, entre partes, de una como demandante/APELANTE, Ildfonso representado por el Procurador D./Dª ROCIO CALATAYUD BARONA y defendido por el Letrado MARIA NURIA AMO CASTELLO y de otra como demandado/ APELADO, Otilia , representada por el Procurador D FRANCISCO CERRILLO RUESTA y defendido por el Letrado D/Dª Mª.DEL MAR EVANGELIO LUZ.

Es ponente el Iltrmo. Sr. Magistrado D. JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA ESPAÑA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos por el Iltrmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 24 DE VALENCIA, en fecha 3-5-11, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: " **Que estimando parcialmente la demanda de DIVORCIO** planteada por la representación procesal de D. Ildfonso contra Dª. Otilia , **debo declarar y declaro disuelto** , por causa de divorcio, el matrimonio contraído por los referidos cónyuges, con todos los efectos legales, acordando la adopción de las siguientes medidas complementarias:

1ª.Se **atribuye a Dª. Otilia la guarda y custodia de sus hijos menores** , Vicente y Eduardo compartiendo los progenitores la patria potestad sobre sus hijos, actuando siempre en beneficio de sus hijos. **Acordando en beneficio de su hijos, la conveniencia de proseguir la asistencia de los progenitores a un servicio de MEDIACION FAMILIAR** , a los efectos indicados en esta resolución.

2ª.Como **régimen de estancias y visitas se fija como sistema de visitas paternofiliales, y tan sólo** a falta de acuerdo entre las partes, el siguiente; visitas paternofiliales flexibles y con un régimen de visitas progresivo dada la corta edad de los menores y desarrollo de las comunicaciones que se viene desarrollando entre las partes, consistentes en :visitas los Sábados o Domingos de 10 a 20 horas, a elección conjunta entre las partes y dos tardes entre semana desde la salida del colegio hasta las 20 horas, durante tres meses, una vez transcurrido este plazo las visitas se ampliarán a fines de semana alternos, Sábados y Domingos, en el mismo horario, manteniendo las intersemanales, y transcurridos tres meses se introducirá la pernocta, iniciándose las estancias vacacionales, tras cuatro meses de introducida la pernocta, estancias vacacionales de visitas que corresponderán por mitad entre los progenitores, eligiéndose D. Ildfonso las mismas los años

pares y D^a. Otilia los impares, a falta de acuerdo entre las partes, no pasando los menores más de 7 o 10 días fuera de su domicilio habitual hasta que los menores alcancen los cuatro años, aproximadamente, debiéndose ajustar las partes escrupulosamente al avance, con cumplimiento efectivo y exacto de las visitas para ir paulatinamente, progresando en el sistema de visitas y que las mismas, se vayan adecuando a la etapa evolutiva de los menores y al vínculo paterno-filial, en cada momento.

3^a. Respecto del **uso y disfrute del domicilio familiar acuerdo que el mismo lo sea para D^a. Otilia y los hijos menores.**

4^a. **En cuanto a la pensión alimenticia, a favor de los menores ,D. Ildefonso abonará a D^a. Otilia la cantidad de 300 #, mes para cada uno de ellos,** de forma mensual, anticipadamente los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe D^a. Otilia , actualizándose anualmente conforme al IPC.

5^a.- Cada progenitor sufragará la mitad de los gastos extraordinarios que devengue sus hijos menores, tales como operaciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades, etc., siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente o sean autorizados por el Juzgado en el caso de discrepancia entre los padres.

Todo ello, sin que proceda hacer una expresa imposición de las costas procesales del presente procedimiento a ninguno de los litigantes.

Con fecha 16-5-11, se dicto Auto.aclaratorio, cuya parte dispositiva dice : " SE ACLARA la Sentencia número 303 de fecha 3-5-11 , de fecha 3-5-11 en el sentido siguiente: las partes deben estar al contenido exacto y concreto del contenido de visitas tanto en su duración como progresión, comenzando la de los fines de semana el sábado a las 10,00 horas, cuando corresponda, no siendo las intersemanales con pernocta, uniéndose los días festivos o puente a los fines de semana cuando corresponda, comunicándose los progenitores su elección de visitas en los períodos vacacionales escolares, con un mínimo de **treinta días** aproximadamente, estableciéndose la comunicación telefónica o de cualquier otra forma, sin entorpecer los horarios de descanso rutinas de los menores, comunicándose e informándose las partes de cualquier cuestión relevante de la vida ordinario de sus hijos (medical, escolar...), eligiendo de mutuo acuerdo el centro escolar de sus hijos, acudiendo al procedimiento referido en el art. 156 del Código Civil en caso de conflicto en las decisiones sobre el ejercicio de la patria potestad."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte DEMANDANTE 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 23-1-12 para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni instado por las partes el recibimiento del pleito a prueba.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Versa el presente recurso de apelación sobre la custodia así como el régimen de visitas, procediendo su estudio por separado.

SEGUNDO.- Respecto a la custodia compartida que interesa el recurrente debe decirse que La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el CC y la LEC en materia de separación y divorcio, que aparece publicada en el BOE núm. 163, de 9 de julio, contiene novedades sustanciales, algunas de ellas controvertidas, en materia de Derecho de Familia, entre las que se encuentra la posibilidad de acordar la custodia compartida , bien los propios cónyuges en el convenio regulador de los efectos de su ruptura, lo cual no es una novedad en absoluto , bien el Juez al tener que resolver en caso de desacuerdo de los cónyuges siempre que sea solicitado por uno de éstos, lo cual tampoco constituye una novedad, pues en efecto ha debido resolver siempre que se le ha solicitado, otra cosa distinta es el contenido de su resolución , que en efecto y en caso de desacuerdo de los cónyuges ha sido siempre desfavorable a su establecimiento, por lo menos por lo que a esta Sala se refiere. En consecuencia, no constituye, pues, novedad real, pero sí lo constituye el que se regule legalmente como forma alternativa de custodia, pues lo cierto es que el Código Civil hasta la fecha sólo conocía de la custodia otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores por lo que esta nueva forma de custodia ha sido creada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de las concretas solicitudes de las partes.

En todo caso la nueva ley establece la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sobre los hijos, siempre que se den una serie de requisitos que varían según ésta venga solicitada de común acuerdo por ambos cónyuges o sólo a instancia de uno de ellos. En este sentido, mientras el número 5 del art. 92 establece

el que el Juez deberá acordarla cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento, en su número 8 establece el que aún sin acuerdo, el Juez podrá acordarla a instancia de una de las partes, con carácter excepcional y siempre que se den las siguientes circunstancias: 1.- Que exista previo informe favorable del Ministerio Fiscal; 2.- Que la resolución se fundamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, 3.-De la misma forma que cuando es solicita por ambos cónyuges el Juez antes de acordarla, de oficio o a instancia de parte podrá recabar el dictamen de especialistas acerca de la idoneidad de la medida (art. 92.9) .

Finalmente se denegará siempre la custodia compartida cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por haber atentado contra la vida, integridad física, moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Y tampoco procederá cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

TERCERO.- Asimismo debe decirse que el desarrollo argumental de dicho motivo y la correlativa oposición al mismo por parte de la demandada, hace poner de relieve la siempre complejidad que revisten las cuestiones como las suscitadas que exige partir de los presupuestos axiológicos en los supuestos de crisis matrimonial. Con este sentido ha de acudirse al párrafo 2 del art. 92 CC . que establece que, las medidas judiciales como el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos". Dicho beneficio para los menores ha de entenderse, en relación a la determinación de la guarda y custodia, con el interés judicialmente protegible en que ésta era atribuida al progenitor con el que conviven habitualmente y cuya convivencia les permita un mejor desarrollo psico- afectivo, por un lado, y socio escolar, por otro. Instrumentándose el régimen de visitas, como un mecanismo complementario para dicho desarrollo integral, mediante el mantenimiento de las relaciones afectivas que unen a los hijos menores con el progenitor con el que no conviven en el domicilio **familiar**.

CUARTO.- De lo expuesto, cabe afirmar que dicho interés constituye el límite y punto de referencia último de ambas instituciones y de su propia operatividad y eficacia y aun cuando es cierto que no cabe confundir los términos, esto es, el interés de los menores no siempre tiene que coincidir con lo que estos consideren que es mejor para ellos, también lo es que es al juzgador al que le corresponde, teniendo en cuenta todos los elementos probatorios que obren en las actuaciones, determinar cual es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés.

QUINTO.- En definitiva, a la hora de decidir a cual de los progenitores debe atribuirse aquella guarda y custodia, hay que tener en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paterno-filiales, y este criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales que han de adoptarse en relación con el cuidado y educación de los hijos cuando sus padres se separan, pues como ya dijo la s. TS. 9-3-89 , es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, lo que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en materia de los hijos y la sociedad", pronunciándose en el mismo sentido las ss. TS. 5-10-78 , 11-10-91 y 12-2- 92, que, en definitiva, vienen a sentar la doctrina de que informada toda la normativa legal reguladora de las medidas relativas a los hijos en casos de separación de los padres en el criterio fundamental del relevante, "favor filie" (arts.92 , 103 , 154 , 159 CC) los acuerdos sobre su cuidado y educación y además cuestiones que les afecten habrán de ser tomadas, "siempre en beneficio de los hijos", como taxativamente expresa el mismo de los preceptos legales citados.

Principio este, igualmente reconocido en las declaraciones pragmáticas de algunos documentos supranacionales en esta materia, como son: La Declaración de Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, siempre que sea posible al amparo y bajo la responsabilidad de los padres, así como a recibir educación; la Resolución de 29-5- 87 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que subrayó que, "en todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de estos..." y el Consejo de Europa en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Decisiones en Materia de Guarda de Niños y el Restablecimiento de la Guarda de Niños, de 1980, basa su contenido en que, "la institución de medidas destinadas a facilitar el reconocimiento y la ejecución de decisiones concernientes a la guarda de un niño tendrá por efecto asegurar una mejor protección del interés de los niños".

SEXTO.- Pues bien este interés de los niños que no debe ser medido, en el caso que nos ocupa, bajo parámetros de confort material, a nivel de derecho comparado se valora dándose preferencia al aspecto psíquico -derecho francés, son besoin de paix, de stabilité, de tranquillité...c'est son équilibre psyquique qu'il

faut mettre aupremier rang"- o al amplio concepto de bienestar aplicando el, "Welfare principle" anglosajón, mientras que en la doctrina y jurisprudencia española se toman en consideración tanto el interés objetivo, en el que se incluye cualquier utilidad como las mayores ventajas que ofrecen uno u otro progenitor para la formación y educación de los menores, como el interés subjetivo, que corresponde cualquier ventaja que corresponda a una inclinación de los propios hijos y a sus deseos o aspiraciones, atendiendo a las circunstancias personales de cada menor.

SEPTIMO.- Ahora bien en el ámbito de los procesos **familiares** habrá de ser el juez por imperativo legal, y en cuanto a los criterios a seguir, habrán de ser los informes periciales (que si en todos los campos son importante, más aún lo son en esta esfera, hasta el punto de que toda causa matrimonial en la que existan hijos, debería ir acompañada de tales informes, máxime, si se cuenta con profesionales adscritos permanentemente a este cometido, que pueden ser utilizados sin dificultades de ningún tipo) los que, amén de la voluntad de los menores, cuando tengan capacidad para expresarla, los que ayuden al Juez a determinar en cada caso, cual es el interés del menor en cuanto a su custodia, convirtiéndose así, los informes periciales, en un instrumento necesario de conformación del interés del menor.

OCTAVO.- A la vista de la anterior doctrina no hay ninguna razón objetiva ni subjetiva para discrepar del criterio del juzgador de instancia de atribuir la guarda y custodia de los menores a la madre habida cuenta tanto el contundente informe emitido por el Gabinete, obrante al folio 399 de los autos, como el hecho de que, desde su nacimiento, prácticamente, los menores han estado cuidada por la madre al vivir separados de hecho los progenitores, estimándose por ello más beneficioso para los menores permanecer con su madre, sin perjuicio del régimen de visitas que luego se dirá.

NOVENO.- Respecto al régimen de visitas debe decirse que el mismo no debe entenderse como un compendio de derechos y obligaciones monolítico, ni ha de servir, pervirtiendo su finalidad, como excusa o motivo para aflorar las tensiones y discrepancias de los padres y de los integrantes del entorno **familiar**; al contrario, el fin perseguido no es otro que el de facilitar a los hijos el contacto con el progenitor con el que no conviven, intentado, en la medida de lo posible, que no se produzca un desarraigo con el que no lo tiene habitualmente, procurando, con las peculiaridades inherentes a la situación surgida con la separación física de los padres, que no se produzcan carencias afectivas y formativas, de modo que pueda favorecer un desarrollo integral de su personalidad. Este objetivo es el que, verdaderamente, ha de presidir la actuación de ambos progenitores en relación con las medidas de guarda y custodia, así como el régimen de visitas y estancias con uno u otro, y por ello es recomendable, en principio siempre, que se ejerza con generosidad, adaptándose a las necesidades de los hijos, con la mira puesta en su beneficio.

DECIMO.- El derecho de visitas del progenitor no custodio constituye pues no sólo un derecho sino también un deber cuya finalidad principal es la protección de los intereses del menor para cuya educación, desarrollo y formación resulta necesaria una relación fluida, amplia y habitual con ambos progenitores. En la regulación de las cuestiones que afecten a menores es el interés de éstos el que ha de primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, como establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor .

Y siendo tan conveniente y necesario para los hijos el mantenimiento de una comunicación amplia y habitual con los padres, con ambos en igual medida hasta donde sea posible cuando los progenitores no conviven, las medidas de inflexibilidad, de limitación o de restricción tanto en el tiempo como en la forma de llevar a cabo la relación paterno-filial, solo deben adoptarse cuando concurren graves circunstancias que así lo aconsejen (art. 94 del Código Civil), que resulten debidamente acreditadas, y de las cuales pueda desprenderse un temor razonable de que la comunicación normalizada, sin límites o prevenciones, pudiera constituir un riesgo o perjuicio para la adecuada formación, educación o salud física y mental del hijo.

En el presente caso, no existe dato, elemento o indicio alguno en autos que permita cuestionar la capacitación del progenitor no custodio, D. Ildelfonso , para llevar a cabo las funciones de educación y crianza de sus hijos. No hay motivo alguno que se oponga a que la comunicación sea intensa, amplia y habitual, lo que resulta lo más conveniente para los menores, para los que la separación de los padres no debe suponer nunca un alejamiento de uno de sus progenitores, sino que deben adoptarse las medidas precisas para que pueda tener análogo grado de relación con ambos progenitores, procurando la misma participación de los dos en todas las actividades y circunstancias de la vida del hijo común, de tal manera que aunque los padres estén separados, el hijo tenga conciencia de que su relación con ambos es igual, que ambos le cuidan y atienden, que participan en la misma medida en su educación, formación, desarrollo y bienestar, que le dan análoga afectividad y que, no obstante la separación matrimonial, los vínculos paterno filiales con ambos progenitores son similares.

En definitiva, en unas circunstancias de normalidad de los progenitores, es decir, cuando no haya motivos de personalidad o de cualquier otra índole que alteren el orden normal de las comunicaciones o puedan suponer el temor de un riesgo, peligro o perturbación para el menor, la comunicación de ambos padres con el hijo debe ser extensa, intensa y abundante, compartiendo con él, conviviendo y participando en todos los actos y vicisitudes cotidianos, para lo que es necesario un amplio régimen de comunicación del progenitor no custodio, y no ponerle trabas innecesarias, a fin de que participe en la educación del hijo de un modo total o global, lo que sólo puede conseguirse si la convivencia con el hijo menor se realiza sin restricciones horarias, manteniendo la relación durante las veinticuatro horas de los días que se establezca que hijo y padre no custodio estén juntos.

UNDECIMO.- Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto estima la Sala que debe mantenerse el régimen señalado en la sentencia de instancia habida cuenta de la impecabilidad del dictamen emitido por el Gabinete Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia dada la contundencia de sus conclusiones que evidencian que lo mejor que puede hacerse, en beneficio exclusivo de los menores, es mantener el régimen de visitas acordado, máxime cuando, además, dado el tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia de la instancia, ya se estará en el régimen de visitas con pernocta y el próximo verano 2012 ya se estará igualmente en las estancias vacacionales por mitad a las que alude la sentencia, estimando por ello que debe mantenerse dicho régimen de visitas.

DUOCECIMO.- No procede hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

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:

Declaramos no haber lugar al recurso interpuesto por la representación procesal de don Ildfonso , sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional siempre que concurren las causas y se cumplimenten las exigencias del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, y acumuladamente con al anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, en un solo escrito, ante ésta Sala, en el **plazo de veinte días** , contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre ; salvo que tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.