



Roj: **SAP V 1964/2012 - ECLI:ES:APV:2012:1964**

Id Cendoj: **46250370102012100335**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **10**

Fecha: **21/05/2012**

Nº de Recurso: **212/2012**

Nº de Resolución: **347/2012**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA-ESPAÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**ROLLO Nº 000212/2012**

**SECCIÓN 10ª**

**SENTENCIA Nº 347/12**

**SECCIÓN DÉCIMA :**

**Ilustrísimos Sres .:**

**Presidente:**

D.JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA ESPAÑA

**Magistrados/as:**

Dª Mª PILAR MANZANA LAGUARDA

D. CARLOS ESPARZA OLCINA.

En Valencia, a veintiuno de mayo de dos mil doce

Vistos ante la Sección Décima de la Iltma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de MEDIDAS HIJOS EXTRAMATRIMONIALES nº 000578/2010, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 3 DE CATARROJA, entre partes, de una como demandante, Adoracion representada por el Procurador D. JOSE ALEJANDRO PEREZ PERALES y defendido por el Letrado D. MIGUEL ANGEL MARTINEZ BADENES y de otra como demandado, Lucio , representado por la Procuradora Dª ROSA MARIA CORRECHER PARDO y defendida por la Letrada Dª EDELMIRA ROIG ALEMANY. siendo parte el MINISTERIO FISCAL

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

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 3 DE CATARROJA, en fecha 23-9-11, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimado parcialmente la demanda presentada por la representación de Dª Adoracion contra D. Lucio y desestimando la demanda presentada por D. Lucio contra Dª Adoracion debo acordar y acuerdo: 1.- La atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija común menor de edad sin perjuicio de la titularidad y ejercicio conjuntos de la patria potestad por ambos progenitores.2.- El establecimiento a favor del padre de un régimen de vistas ordinario de fines de semana alternos, desde los viernes a la salida del colegio hasta las 20:00 horas del domingo y un día intersemanal que, a falta de acuerdo entre los progenitores sería el miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas debiendo el padre reintegrar a la menor al domicilio materno. Las vacaciones escolares de la menor de Fallas, Semana Santa, Navidad y verano se disfrutarán por mitad entre ambos progenitores eligiendo en cuanto al periodo concreto, la madre en los años impares y el padre en los pares. Los meses de julio y agosto , a falta de acuerdo , se dividirán por quincenas alternas .3.- El padre abonará



a la madre, por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes, en concepto de pensión de alimentos para la hija común menor de edad, la cantidad de 200 euros mensuales, en la cuenta que designe la madre y actualizables anualmente conforme a las variaciones del IPC. Los gastos extraordinarios de la menor se abonarán por mitad por ambos progenitores previa comunicación y posterior justificación documental de los mismos. Todo ello sin hacer declaración sobre costas procesales."

**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 dieciseis de mayo 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 JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Habiendo recurrido el demandado, al que se adhirió el Ministerio Fiscal, la sentencia de instancia procede el estudio de los distintos motivos alegados en los recursos, comenzando por la guarda y custodia habida cuenta que de dicha medida dependen el resto de las medidas a adoptar.

**SEGUNDO.-** Planteada así la cuestión litigiosa en esta alzada, es de señalar en primer lugar y por lo que respecta a la guarda y custodia de la hija común del matrimonio de los litigantes, Jennifer, que es principio legal establecido en el art. 92 del Código Civil, que para la determinación de la persona a cuyo cuidado haya de quedar los hijos sometidos a patria potestad ha de estarse a lo que resulte más conveniente para ellos, "favor filia", al ser este el interés más digno de protección.

Ciertamente, la atribución de la guarda y custodia de los hijos comunes es una de las cuestiones más delicadas y difíciles de esta clase de procedimientos en el que han de valorarse factores tan diversos como la capacidad de atención y cuidado de los progenitores respecto a los hijos, el entorno familiar, la voluntad de los afectados valorando su capacidad de comprensión, su arraigo al lugar, en definitiva, la resolución que se adopte debe pretender que los hijos resulten afectados de la menor manera posible por la separación de sus padre. Por otra parte, y como reiteradamente se ha pronunciado esta Sala, es principio elemental, necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida referida a los hijos, el de que su interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padre o progenitores, hasta el punto de que el principio "favor filii" ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos, ( arts 92, 93, 94, 103-1, 154, 158 y 170 del Código Civil ), y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno- filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos ( art. 39-2 de la C.E. ), siendo también la razón por la que la normativa vigente arbitre formulas con que garantizar o servir aquel interés, tales como la audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio y preceptivamente si alcanzaren los doce años ( art. 92-2 del Código Civil ) y recabar el dictamen de especialistas que puedan colaborar con el juez en el más acertado discernimiento de las medidas que adopte.

Pues bien, la aplicación de la anterior doctrina al caso presente, en el que en efecto, resulta de extremada dificultad tomar una decisión sobre cual es el régimen de guarda y custodia más idóneo para la menor, dado que según las pruebas practicadas obrantes en autos, especialmente el informe pericial aportado, se desprende que ambos progenitores están plenamente capacitados para hacerse cargo del cuidado de su hija, pues, en efecto, conforme determina la perito, la menor presenta un comportamiento normal y presenta un equilibrio emocional adecuado, tanto cuando ha convivido con su padre como cuando lo ha hecho con su madre.

Asimismo, como criterio de valoración de la prueba pericial debe recordarse también la reiterada doctrina jurisprudencial ( sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1993, y de marzo de 1995, y 21 de marzo de 1995 ), que lo sujeta a las reglas de la sana crítica, que como precisa la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de enero de 1999, han de ser entendidas como "las más elementales directrices de la lógica humana". Se trata pues, de partir de las consecuencias sentadas por los peritos y, a raíz de allí y utilizando el razonamiento lógico, sentar conclusiones.

Todo ello, evidentemente no quiere decir que a priori se tenga que dar más valor a algún informe pericial en detrimento de los demás, incluido el del perito judicial. Ahora bien, hay que dejar claro que el juez en esta actividad no solo no está vinculado por ninguno de estos informes, sino que puede discrepar de los mismos siempre que lo haga de un modo fundado y utilizando las reglas de la sana crítica, como se deduce de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de diciembre de 1994.



**TERCERO.**- Antes de abordar el problema, conviene resaltar el norte que ha de inspirar cualquier decisión sobre las medidas relativas al cuidado de los hijos, en estas situaciones de crisis matrimonial, y que es que han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional ( art. 39 CE ), del "favor filii", procurando, ante todo, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores.

Este principio, de protección integral de los hijos, constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los artículos 92, párrafo segundo , 96 y 103, entre otros, del Código Civil , que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia.

Las consecuencias relevantes del principio del "favor filii" en el orden procesal son, por un lado, que las medidas que afectan a los hijos menores de edad, y que se derivan de una sentencia de nulidad matrimonial, separación o divorcio, han de ser imperativamente acordadas por el Juez, incluso de oficio y sin necesidad de someterse estrictamente a los principios dispositivo y de rogación, característicos del proceso civil, según se infiere de la expresión "determinará" que emplea el citado art. 91 del CC .

Por otro lado, el Juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal, "si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años" ( art. 92, párrafo segundo, CC ). Este deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisiva importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado.

El principio del "favor filii", contenido en los artículos 92, 93 y 94 del código sustantivo, obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad y que está en íntima armonía con la tradición ética y jurídica de la familia ( sentencia del TS de fechas 9-3-1989 5-10-1987 y 11-10-1991, entre muchas otras), y que en este mismo sentido proteccionista hacia los menores de edad, se manifiesta con suma claridad la Convención sobre el Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20-11-1989.

Por ello los Tribunales deben tratar de indagar cual es el verdadero interés del menor, aquello que le resultará más beneficioso no sólo a corto plazo, sino, lo que es aún más importante, en el futuro; y en esta búsqueda de lo beneficioso para el menor debe tomarse en consideración que aquello que el niño quiere no es, necesariamente, aquello que le conviene, ni tiene porque coincidir lo adecuado con su opinión. Es por ello por lo que el propio Código Civil en su artículo 92 dispone la obligatoriedad de dar audiencia a los hijos mayores de doce años, pero no a los menores de dicha edad.

En atención a lo que dispone el artículo 92 del Código Civil , hemos de concluir que, a diferencia con lo que ocurría en anteriores redactados del mismo, en principio la guarda y custodia del hijo menor de edad puede ser atribuida tanto a la madre como al padre, sin que pueda existir trato preferencial hacia la una frente al otro. Ello no obsta para que, en la generalidad de los casos, durante la primera infancia y por el mayor contacto con la madre se tienda en la práctica a atribuirle a ésta la guarda y custodia de los hijos.

**CUARTO.**- Se trata de aplicar la anterior doctrina al caso de autos, en el cual el demandado D. Lucio , argumenta seriamente sobre la atribución de la guarda y custodia compartida de la hija menor.

La hija Jennifer tiene, actualmente 10 años de edad, habiéndose practicado en la instancia, prueba pericial sobre el concreto extremo de dicha guarda y custodia compartida..

Ha de coincidirse con el demandado en considerar como necesario para el desarrollo psicológico y afectivo de la hija que ésta pueda convivir con su padre, pero también hay que añadir que el argumento es igualmente válido en cuanto a la madre, si bien ha sido ésta la que hasta el presente ha tenido consigo a su hija desde su nacimiento en 2001, pero no es menos cierto que la propia madre interesó al padre en el año 2006, cuando la hija tenía 5 años que se hiciese cargo de la menor su padre, lo que así hizo, viviendo con el mismo durante los cursos de 1º y 2º de primaria.

Ha de admitirse y tenerse en cuenta por la Sala que, a lo largo del procedimiento, se ha puesto de manifiesto que tanto la madre D<sup>a</sup> Adoracion , como el padre D. Lucio , reúnen unas semejantes condiciones y entorno apto para ofrecer estabilidad y equilibrio en el desarrollo integral de las menores, y así lo han demostrado ambos durante el tiempo en que han tenido consigo a la hija, lo que evidencia la capacidad de los dos, e, incluso,



reconocida tal capacidad por cada uno de ellos, como lo evidencia el que el padre no discute tal capacidad de la madre y esta pidió al mismo que la tuviese consigo dos cursos reconociendo así su capacidad, pero, habida cuenta las manifestaciones de la hija así como el hecho de que una custodia compartida supondría el cambio no solo de domicilio, sino hasta de ciudad y colegio, con el consiguiente trastorno para la hija por el cambio que ello conlleva, así como separarse de su hermana, estima la Sala debe mantenerse la custodia materna, confirmando la sentencia de instancia en este punto.

**QUINTO.** - En cuanto a la pensión alimenticia debe decirse que la determinación de la cuantía de los alimentos, proporcionada al caudal o medios de quién los da y a las necesidades de quién los recibe ( art. 146 CC ), es facultad del Juzgador de instancia -y por ende de la presente Sala- (SSTS 20 diciembre , 28 junio 1951 21 diciembre 1951 , 30 diciembre 1986 , 18 mayo 1987 y 28 septiembre 1989 ). A efectos de la fijación de alimentos, lo que el art. 146 del CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quién haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia ( SSTS 6 febrero 1942 , 24 febrero 1955 , 8 marzo 1961 20 abril 1967 , 2 diciembre 1970 9 junio 1971 y 16 noviembre 1978 ) relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad

En el caso que nos ocupa, no se discute la pertinencia de la pensión por alimentos, sino su cuantificación, por lo que, tomando en consideración las necesidades de los hijos dada su edad, estima la Sala adecuada la suma señalada en la sentencia de instancia habida cuenta que prácticamente es el mínimo vital que esta Sala viene señalando, procediendo por ello la íntegra confirmación sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

**SEXTO.**- Respecto del recurso del Ministerio Fiscal debe estimarse el mismo al haber debido adoptar la resolución de instancia la forma de sentencia y no la de auto.

## 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 haber lugar al recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal en el sentido de que la resolución debe adoptar la forma de sentencia y declaramos no haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Lucio , sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

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

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.