



Roj: **SAP V 128/2013 - ECLI:ES:APV:2013:128**

Id Cendoj: **46250370102013100033**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **10**

Fecha: **07/01/2013**

Nº de Recurso: **790/2012**

Nº de Resolución: **5/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANA DELIA MUÑOZ JIMENEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**ROLLO Nº 000790/2012**

**SECCIÓN 10ª**

**SENTENCIA Nº 5/13**

**SECCIÓN DÉCIMA :**

**Ilustrísimos Sres .:**

**Presidente:**

D.JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA ESPAÑA

**Magistrados/as:**

D.CARLOS ESPARZA OLCINA

Dª ANA DELIA MUÑOZ JIMENEZ

En Valencia, a siete de enero de dos mil trece

Vistos ante la Sección Décima de la Il. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Divorcio contencioso nº 001147/2011, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 26 DE VALENCIA, entre partes, de una como demandante, Tomás representado por la Procuradora Dª MARIA JOSE OCHOA GARCIA y defendido por la Letrada Dª MARIA JESUS TORRES GARCIA y de otra como demandada, Bárbara , representada por la Procuradora Dª ISABEL BALLESTER GOMEZ y defendido por la Letrada Dª ASUNCION MAYORAL SANCHEZ. Siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Es ponente la Il. Sra. Magistrada Dª. ANA DELIA MUÑOZ JIMENEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En dichos autos por el Il. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 26 DE VALENCIA, en fecha 6-3-12, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Tomás contra Dª Bárbara , acordando el divorcio y la disolución del matrimonio formado entre ambos , con todos los efectos inherentes a la misma, que se regirá por las siguientes medidas: 1ª conservando la patria potestad ambos cónyuges se atribuye a la madre la guarda y custodia de los hijos menores Paula y Javier con un derecho de visitas en favor del progenitor no custodio de semanas alternas desde la salida del colegio de los viernes a las 17 horas en su domicilio familiar hasta la entrada al colegio , de los lunes y la mitad de las vacaciones escolares correspondiendo ante la falta de acuerdo, al padre el primer periodo los años pares y el segundo, los impares. Permanecerá en compañía de los mismos también entre la salida del colegio de los miércoles y la entrada del día siguiente, así como las tardes de los lunes alternos en que no haya habido comunicación en el fin de semana precedente entre la salida del Colegio y las 20 horas. 2.- se atribuye al esposo demandante el uso de la vivienda conyugal sita en Valencia, CALLE000 NUM000 - NUM001 . 3.- se fija en 2000 euros mensuales la cantidad que deberá satisfacer el demandante



a la demandada, en la cuenta bancaria que por esta se determine en concepto de alimentos en favor de los tres menores, cantidad que se actualizará automáticamente cada años con arreglo a las variaciones de los índices de precios en relación al consumo publicados por el organismo nacional competente.4.- Cada uno de los cónyuges, abonará la mitad de los gastos extraordinarios que en relación a los menores puedan producirse, no entendiéndose comprendidos dentro de los mismos los escolares. No ha lugar a la adopción del resto de las medidas interesadas. No ha lugar a hacer expreso pronunciamiento sobre la imposición de costas." con fecha 19 de abril se aclaró dicha sentencia en el sentido de que el ingreso de la cantidad fijada para alimentos se debía ingresar entre los días 1 y cinco de cada mes.

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia por la representación procesal de ambas partes 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 doce de noviembre 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.-** La sentencia dictada en primera instancia decretó el divorcio de los litigantes y estableció las medidas correspondientes, atribuyendo a la esposa la custodia sobre los tres hijos menores comunes, y al esposo el uso de la de la vivienda familiar (propiedad privativa suya), con un régimen de visitas para el conyuge no custodio, fijando en 2.000 mensuales la cantidad a abonar por éste en concepto de alimentos para los hijos siendo los gastos extraordinarios por mitad.

Dicha sentencia es recurrida en apelación por ambos litigantes. Por la representación del actor por disconformidad con lo resuelto respecto de la custodia de los menores. Por ambos litigantes por disconformidad con lo resuelto respecto de la cuantía de la pensión de alimentos a abonar por el progenitor para el caso de mantenerse la custodia materna.

Respecto de la decisión judicial sobre la custodia, se alega errónea valoración de la prueba practicada dado que, según el informe pericial emitido, ambos progenitores tienen capacidad y disponibilidad para ostentar una custodia compartida y los menores tienen un buen ajuste emocional y afectivo, encontrándose bien adaptados a la situación actual, así como que las malas relaciones entre los cónyuges no son motivo para excluir la custodia compartida, además de que la conflictividad entre ellos es falsa. También invoca la aplicación de la Ley 2/2011, de 1 de abril que establece como principio general el régimen de convivencia compartida y, por último, que no existen los antecedentes de violencia a que se alude en la sentencia recurrida, pues únicamente existió una condena del esposo por falta de insultos, existiendo una diferencia sustancial entre un delito de violencia de género y una falta, que no debe dar lugar a la privación de la custodia compartida, por lo que no puede ser valorado como antecedentes de violencia, como se hizo en la sentencia. El régimen pretendido es de custodia por semanas con cada progenitor, continuando los menores en la misma vivienda, evitando las idas y venidas de los menores de una casa a otra.

El art. 5 de la norma invocada dispone que (la autoridad judicial) "como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos". Pero se prevé que la autoridad judicial pueda otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés. En el presente caso, el Juzgador tomó en consideración tanto los antecedentes de violencia existentes como el contenido del informe del Gabinete Psicosocial, así como que el Ministerio Fiscal había solicitado la custodia materna, como lo hace en esta segunda instancia, al solicitar la confirmación de la sentencia.

Consta la condena del esposo por una falta de injurias y vejaciones de la esposa por sentencia de fecha 3.3.2011 dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer Nº 3 de Valencia, que estableció también la prohibición de comunicación con la esposa durante tres meses, sentencia que es firme, al no haber sido recurrida, y dictó auto en la misma fecha estableciendo medidas civiles, con custodia materna sobre los hijos.

Respecto del informe pericial, emitido en enero de 2012, consta en el mismo que los niños que fueron explorados (los dos mayores, de 5 y 7 años) presentan un buen ajuste emocional y afectivo, encontrándose bien adaptados a la situación actual, es decir, a la situación de custodia materna con régimen de visitas para el progenitor en fines de semana alternos y visitas intersemanales. La perito indica que los menores presentan una óptima vinculación afectiva con ambos progenitores y no reflejan excesiva discrepancia en la percepción de los estilos educativos de ambos entornos, aunque reconoce que el padre es más permisivo.



Se señala en el informe que ambos progenitores presentan capacidad y disponibilidad para ejercer una custodia compartida, pero el nivel de conflicto existente entre ellos y la nula comunicación interparental impide el adecuado desarrollo de esta modalidad de custodia. En este sentido, debe resaltarse que la perito considera que el progenitor presenta una visión sesgada y poco realista de su relación con la progenitora, lo que le condiciona a la hora de valorar las dificultades de compartir una custodia con el nivel de conflicto existente, mostrando el progenitor escasa autocrítica respecto a su participación en el conflicto interparental y de la carga emocional asociada a algunas de sus actuaciones, reconociendo que los niños presenciaron múltiples discusiones entre ellos e incluso algunos de los incidentes que derivaron en denuncia hacia él por parte de la progenitora. La perito señala, asimismo, que el conflicto interparental es importante, la comunicación mínima a través de abogados o e-mail, y que no han sabido preservar a los niños del conflicto interparental y de la judicialización del mismo, considerando que el nivel de conflicto existente y la nula comunicación impide el adecuado desarrollo de esta modalidad de custodia, no presentando los menores desajustes y estando bien adaptados al entorno materno, no considerando aconsejable modificar la situación actual.

En atención a todas las circunstancias mencionadas, a la vista de las conclusiones del informe pericial, consideramos que es más conveniente para los menores mantener el sistema actual de custodia, al que se encuentran bien adaptados, considerando que el interés de los menores queda más protegido con el mantenimiento de la custodia materna y el régimen de visitas establecido, procediendo confirmar lo resuelto en la sentencia en este punto, con desestimación del recurso de apelación.

**SEGUNDO.-** En lo referente a la pensión de alimentos, pretende el demandante su reducción hasta 300 por cada hijo, alegando que la sentencia no ha aplicado el principio de proporcionalidad, no siendo adecuada a los gastos de los menores ni a los ingresos de los progenitores. La demandada pretende su incremento hasta 3000 mensuales para los tres hijos, según las aportaciones que se realizaban por los cónyuges para los gastos comunes y los ingresos de éstos, siendo los del progenitor superiores a 10.000 mensuales brutos.

Ciertamente, consta que el esposo ingresaba mensualmente 3.500 en cuenta común para gastos (la esposa menor cantidad), pero no se abonaban en dicha cuenta únicamente gastos de los hijos sino otros muchos gastos domésticos (empleada de hogar, supermercado, televisión por cable, restaurantes, peluquería etc.).

Respecto a los gastos de los hijos, los de colegio alcanzan un promedio mensual de 263 por hijo (incluido el comedor que ascienda a 140 mensuales por hijo, 63 como aportación por hijo y 183 mensuales por actividades extraescolares de los tres). Además, tienen gastos de seguro médico privado. Respecto a los ingresos del progenitor, según la última declaración de la renta aportada, de 2009, la base general (ingresos brutos) ascendió a 172.661, que suponían en neto 8.454 mensuales (folios 384 y siguientes) y los de la esposa de 2.885 mensuales netos según los datos de la Agencia Tributaria para ese año (folio 89). La esposa adquirió una vivienda y atiende dos préstamos que suponen mensualmente 913 (434 + 479) y el esposo tiene la vivienda que constituía el domicilio familiar, un apartamento en El Perellonet, atendiendo dos préstamos cuyas cuotas suman 1.624 mensuales (por 644 y 980, folios 42 y 43), y otra vivienda a medias con su hermana, debiendo abonar una pensión compensatoria a una esposa anterior de 624 mensuales.

También debe estimarse que es necesaria a la esposa disponer de ayuda doméstica, que siempre ha tenido el matrimonio, pues ambos trabajaban.

Atendidos los datos mencionados, las necesidades de los menores, los ingresos de los progenitores, se considera que la pensión establecida no guarda la debida proporción ni es acorde con ingresos del progenitor teniendo también en cuenta, como se indica en la sentencia, que el progenitor no aporta la vivienda familiar, viviendo los hijos en la casa de la madre, de modo que ha de colaborar a la cobertura de la necesidad de vivienda, por lo que debe ser elevada la pensión hasta 750 mensuales por cada hijo, que suponen mensualmente 2250, debiendo estimarse parcialmente el recurso de apelación.

**TERCERO.-** En materia de costas y atendiendo a la especialidad de la materia, no procede su imposición a ninguna de las partes.

## 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:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Tomás y estimar parcialmente el interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Bárbara contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 26 de Valencia en autos de divorcio 1147/2011, confirmamos dicha resolución salvo en lo



referente a la cuantía de la pensión de alimentos para los hijos a cargo del demandante, que queda fijada en 750 mensuales por cada hijo, 2250 en total, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

En cuanto al depósito consignado para recurrir, se declara la pérdida de constituido por el actor y la devolución del constituido por la demandada.

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.

FONDO DOCUMENTAL CEJPAJ