

Roj: **SAP V 1805/2018 - ECLI:ES:APV:2018:1805**Id Cendoj: **46250370102018100311**Órgano: **Audiencia Provincial**Sede: **Valencia**Sección: **10**Fecha: **23/04/2018**Nº de Recurso: **1497/2017**Nº de Resolución: **325/2018**Procedimiento: **Civil**Ponente: **MARIA ANTONIA GAITON REDONDO**Tipo de Resolución: **Sentencia****ROLLO Nº 001497/2017****SECCIÓN 10ª****SENTENCIA nº.325/18****SECCIÓN DÉCIMA :****Ilustrísimos Sres .:****Presidente:**

D. CARLOS ESPARZA OLCINA

Magistrados/as:

Dª. ANA DELIA MUÑOZ JIMÉNEZ

Dª MARIA ANTONIA GAITÓN REDONDO

En Valencia, a veintitrés de abril de dos mil dieciocho

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Modificación Medidas Contencioso nº 000961/2016, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE DIRECCION000 , entre partes, de una como demandante, D/Dª. Juliana representado por el/la Procurador/a D/Dª. MARIA ELENA RAMIREZ MARTINEZ y defendido por el/la Letrado/a D/Dª. MANUEL ALCAIDE ANDUJAR y de otra como demandada, D/Dª. Victorino , representado por el/la Procuradora D/Dª. CRISTINA BORRAS BOLDOVA y defendido por el/la Letrado/a D/Dª EVA MARIA SOLER PEREZ. Siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Es ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a D/Dª. MARIA ANTONIA GAITÓN REDONDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 2 DE DIRECCION000 , en fecha 18 de Julio de 2017, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "**FALLO:** Que *ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda presentada por Dª Juliana representada por el Procurador Sra Ramirez contra D Victorino , representado por el Procurador Sra Borrás debo modificar las medidas acordadas en el sentido siguiente:*

- *Se atribuye al padre la guarda y custodia del menor Diego , siendo la patria potestad compartida.*
- *Se mantiene la pensión alimenticia de 175 euros mensuales, fijada en la sentencia de 23 de diciembre de 2014, que deberá abonar la madre, así como el pronunciamiento relativo a que ambos progenitores deberán asumir por mitad los gastos de inicio de curso escolar, entendiéndose por tales libro, material escolar, ampa, y seguro escolar, así como la asunción al 50% de los gastos extraordinarios.*



- Se atribuye el uso de la vivienda familiar, con todos los anejos inherentes al mismo (esto es, garaje y trastero) al menor y al padre.

- Se fija como régimen de **visitas** a favor de la madre, los fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el lunes por la mañana, en que llevara al menor al centro escolar, y una **visita** intersemanal, que en defecto de acuerdo de los progenitores, se fija los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas en que sera reintegrado al domicilio paterno. Asimismo los periodos vacacionales de Navidad, Fallas, y Pascua, se distribuirán por mitad entre ambos progenitores, coincidiendo con el calendario escolar, y las vacaciones estivales de julio y agosto se distribuiran por quincenas alternas, eligiendo, en caso de discrepancia, el padre los años impares, y la madre los pares, debiendo de preavisar al otro progenitor con un mes de antelación.

Se acuerda que el menor tiene **derecho** a comunicarse telefonicamente o telematicamente con el otro progenitor con el que no se encuentre en cada momento, respetando en todo caso sus horarios de sueño y colegio.

Asimismo se acuerda, que con independencia del progenitor al que le corresponda la guarda, el menor pasará con su padre el día del padre y con su madre el día de la madre, así como que el día del cumpleaños del hijo, este podrá gozar de la compañía de ambos progenitores independientemente de a quien le corresponda la guarda, pudiendo asimismo asistir el menor a los cumpleaños de sus progenitores, **abuelos** o primos de cada rama. No ha lugar a condenar en costas".

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 11 DE ABRIL DE 2018 para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse considerado necesaria ésta ni practicado prueba.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en procedimiento de modificación de medidas que atribuye al padre la guarda y custodia del menor Diego , interpone recurso de apelación la representación procesal de Juliana alegando infracción del artículo 92 y su interpretación jurisprudencial, pues debía haberse acordado la custodia compartida ya que en el informe pericial se aconseja la guarda paterna sólo por razón del modelo educativo de cada uno de los progenitores. El menor no ha manifestado en ningún momento que no quiera estar el mismo tiempo con el padre que con la madre, solo que quiere estar más tiempo con el padre. En relación con la alegación anterior, añade infracción del artículo 93 del Código Civil , pues estableciéndose la custodia compartida que se solicita procederá la fijación de una pensión por alimentos con cargo al Sr. Victorino por importe de 100 Euros mensuales, dada la situación de desempleo de la recurrente. Igualmente, alega la infracción del artículo 96 del Código Civil ya que, partiendo de la situación de custodia compartida, el interés más necesitado de protección es el de la madre. Finalmente alega la infracción de la Ley de Protección Jurídica del Menor, insistiendo en la custodia compartida con el establecimiento de un régimen de **visitas** intersemanal y la distribución de las vacaciones de verano por semanas alternas.

La representación procesal de Victorino y del Ministerio Fiscal se opusieron al recurso de apelación en los términos que constan en los correspondientes escritos unidos a autos.

SEGUNDO.- La Sala, examinado que ha sido el contenido de las actuaciones en uso de la función revisora que le es propia, ha de confirmar la resolución dictada en la instancia, cuyos razonamientos jurídicos aquí se dan por reproducidos en aras a evitar inútiles reiteraciones, sin perjuicio de lo cual cabe añadir las consideraciones que siguen.

Este Tribunal tiene declarado que el dictamen pericial ha de ser tomado en especial consideración, pues los profesionales son los que en mejor medida están en condiciones de determinar que es lo mejor para el menor, asesorando al Juzgador acerca de lo que resulta más conveniente para el menor desde el punto de vista de su estado evolutivo. (Sentencia 28/04/2016).

Bajo tales consideraciones, es claro que no se trata simplemente de "valorar" el comportamiento de cada progenitor respecto del menor de forma aislada, sino en consideración de lo que pueda resultar más beneficioso para el mismo, porque lo primordial es atender al superior interés del menor, que es lo que ha de prevalecer. Como señala la STS de 26 de mayo de 2016 , "en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor. El concepto de interés del menor, 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,..., en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", 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 a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más **derechos** que los que ampara".

Con arreglo a las indicadas consideraciones, habida cuenta las concretas circunstancias concurrentes respecto ambos progenitores y el menor y el resultado del informe pericial, procede mantener el pronunciamiento de la instancia que atribuye al padre la guarda y custodia del menor, Diego , nacido el NUM000 de 2008, sin que pueda estimarse, como alega la parte recurrente, que dicha resolución venga fundada únicamente y exclusivamente en la valoración que el perito judicial realiza respecto del modelo educativo de cada uno de los progenitores.

Si acudimos a las conclusiones del informe pericial practicado en autos se hace referencia al estilo educativo de cada uno de los progenitores, considerándose más idóneo el del padre que el de la madre (estilo inductivo y asistencial, basado en el amor, en el cuidado, y en el desarrollo de la autonomía y libertad del hijo y en proporcionarle una normativa adecuada), añadiendo que el estilo de la madre resulta despreocupado, donde el menor se siente abandonado, desconsiderado, con falta de atención, con poca comunicación y falta de afecto por parte de la madre.

Pero, además de tales consideraciones, se alza como elemento esencial de la decisión judicial el deseo del menor de permanecer durante más tiempo con la figura paterna, porque el pequeño se siente más seguro tanto emocional, como educativamente y mejor atendido físicamente. A ello es de añadir que el menor, durante el tiempo que ha estado bajo la guarda y custodia de la madre, ha faltado al centro escolar en numerosas ocasiones sin justificación alguna, siendo el padre el que, de forma exclusiva, ha acudido a las tutorías del colegio.

El contenido y resultado del informe pericial judicial viene a ser corroborado por el propio informe de la parte apelante (f. 214 y siguientes), en el que de forma indubitada se pone de manifiesto el deseo y voluntad del menor de estar con su padre "porque ya ha estado 3 años con su madre, [y] ahora le toca estar 3 años con su padre... y estar viendo menos a mamá". Ciertamente tales manifestaciones han de ser valoradas con prudencia y de forma ponderada ya que el niño tenía ocho años de edad cuando las hizo, pero las mismas vienen a ser coincidentes igualmente con las mantenidas en el informe pericial de la parte contraria (f. 60) - también realizado cuando Diego tenía 8 años-, y en el que la psicóloga destaca la claridad de sus declaraciones, manifestando el menor un vínculo de apego seguro con el padre, un vínculo de apego inseguro con la madre, y su voluntad de convivir habitualmente con su padre.

TERCERO.- No obstante proceder la confirmación de la sentencia dictada en la instancia, y con arreglo al criterio mantenido por este Tribunal en los procesos de familia, dada la naturaleza de las pretensiones suscitadas, no se hace expresa imposición de las costas causadas en 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:

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Juliana , contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2017 -aclarada por Auto de 4 de septiembre del mismo año-, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 en procedimiento de Modificación de Medidas nº 961/16, confirmamos dicha resolución, sin hacer expresa imposición de las costas causadas en 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, el cual deberán acreditar, al efectuar cualquier solicitud ante el Tribunal superior.

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.