

Procedimiento: Recurso de apelación

Sentido del fallo: Desestimación

PTE.: Gaiton Redondo, Mª Antonia

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.-

En dichos autos por el Illmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN N° 1 DE DIRECCION000, en fecha 25 de Marzo de 2021, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debo estimar y estimo la modificación de medidas presentada por Víctor contra Paula, modificando la sentencia de divorcio de fecha 31 de julio de 2015, de modo que la guarda y custodia será compartida, y en consecuencia se anula el régimen de visitas establecido a favor del padre y la **pensión de alimentos**, así como se extingue el usufructo de la vivienda familiar; El régimen de custodia compartida consistirá en semanas alternas de domingo a domingo a las 20.00 horas; fijando un día entre semana para el progenitor que no esté ejerciendo durante la semana la custodia (el miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20:00 horas). Vacaciones de Verano, Fallas, Semana Santa y Navidad se disfrutarán por mitades e iguales partes, eligiendo en caso de desacuerdo los años pares el padre y los años impares la madre, y comunicándolo al otro progenitor con al menos un mes de antelación. Las entregas se realizarán en el domicilio del progenitor donde se encuentren los menores en el momento de hacer el cambio. Los gastos extraordinarios serán por mitad, y los gastos ordinarios serán asumidos por cada uno de los progenitores cuando los menores estén con ellos. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas. "

### 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 29 de Junio de 2022 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 DE DERECHO

### PRIMERO.-

Dictada sentencia en procedimiento de modificación de medidas en la que se acuerda el sistema de régimen de custodia compartida, interpone recurso de apelación la representación procesal de Paula alegando, en lo esencial, que el cambio de custodia promovido tiene por finalidad ahorrarse la **pensión de alimentos establecida a favor de los hijos**, no habiéndose acreditado una alteración sustancial de las circunstancias que justifique tal modificación. El informe psicosocial nada dice del nivel de adaptación del padre a los diferentes escenarios en los que se mueven los menores, no habiéndose implicado ni en el tema escolar ni en el sanitario de los menores. Solicita la revocación e la sentencia de la instancia y se mantenga el régimen de custodia materna.

El Ministerio Fiscal y la representación de Víctor solicitaron la confirmación de la sentencia dictada en la instancia con arreglo a las alegaciones contenidas en sus respectivos escritos de oposición al recurso de apelación.

### SEGUNDO.-

No puede pasar por alto este Tribunal las consideraciones y expresiones contenidas en el escrito de interposición del recurso de apelación, en tanto que exceden con creces el ámbito propio de tal clase de escrito en los términos que establece el [artículo 456 de la LEC \(EDL 2000/77463\)](#), utilizando la parte recurrente expresiones y realizando comentarios que resultan inadecuados en este foro.

Así, no es posible admitir que la Juzgadora de la instancia o el Ministerio Fiscal "se ofuscaran" por el hecho de tener en cuenta el derecho del progenitor a tener los hijos en su compañía; no concurre prueba en los autos que permita considerar la existencia de un "ánimo defraudatorio" en la pretensión del demandante, pues en absoluto un régimen de custodia compartida permite presumir que el progenitor se va a sustraer del cumplimiento de su obligación de alimentos, muy al contrario; en el caso de los progenitores litigantes no se han producido continuos e inagotables procedimientos en revisión de las medidas reguladoras del divorcio que permitan considerar la existencia de una "patente quiebra de la seguridad jurídica", siendo que desde que se dictó la sentencia de divorcio en 2015 no consta que se haya promovido procedimiento alguno, al margen del presente, en orden al establecimiento de un régimen de custodia distinto al primigeniamente convenido; la sentencia de la instancia, sin perjuicio de que se comparta o no su

pronunciamiento, resuelve la pretensión del caso concreto atendiendo al resultado de las pruebas practicadas, sin que la Juzgadora haya hecho recaer sobre los menores su decisión sobre el régimen de custodia; no consta prueba alguna en las actuaciones de la que pueda concluirse que los menores estén "traumatizados" por razón de la petición de un régimen de custodia compartida; la prueba pericial psicológica se practica por resultar necesarios conocimientos técnicos ( artículo 335 LEC (EDL 2000/77463)), solicitándose para ello la asistencia de profesionales, sin que haya concurrido en autos prueba de la que quepa apreciar circunstancia que haga desmerecer a la psicóloga D<sup>a</sup> Zaida en el concepto profesional; y, desde luego, no resulta del contenido de la sentencia apelada que la Juzgadora de la instancia haya otorgado la custodia compartida como "manera más rápida" de dirimir el pleito, bastando para ello atender a la redacción de la resolución objeto de este recurso.

### TERCERO.-

Son datos relevantes para la decisión del presente recurso de apelación los que a continuación se exponen y resultan del contenido de las actuaciones practicadas en la primera instancia.

Los Sres. Víctor y Paula contrajeron matrimonio el 7 de julio de 2012, habiendo tenido dos hijos en común, María Inmaculada, nacida el NUM000 de 2011, y Antonio, nacido el NUM001 de 2014. En fecha 31 de julio de 2015 se dictó sentencia de divorcio del matrimonio que homologaba el Convenio Regulador al que habían llegado los litigantes por el que se atribuía a la progenitora la guarda y custodia de los menores, con el consiguiente régimen de visitas en favor del progenitor no custodio y la obligación por este del **pago de una pensión de alimentos**. En el momento en que se dicta dicha resolución el Sr. Víctor trabajaba en Zaragoza como militar profesional del Ejército de Tierra, situación en la que cesa el 1 de julio de 2019, procediendo entonces a abrir un bar, si bien obligado el cierre temporal del establecimiento por razón de la pandemia, el Sr. Víctor actualmente trabaja como fontanero. La Sra. Paula, también perteneciente al Ejército de Tierra donde permanece en situación de activo, disfruta de flexibilidad horaria por cuidado de hijos menores, dentro de las medidas de conciliación familiar, encontrándose destinada en el Regimiento de Marines. Sus ingresos actuales, según manifestó en prueba de interrogatorio de parte, son de 1.250 Euros al mes, sin que consten los actuales ingresos del Sr. Víctor en tanto que a fecha de la celebración del juicio se estaba iniciando en la nueva actividad como fontanero.

Se practicó en la instancia prueba pericial por la psicóloga forense Sra. Zaida en la que se puso de manifiesto que María Inmaculada muestra su intención de convivir más tiempo con el progenitor, manifestando una buena relación con la pareja de este, mientras que Antonio también tiene una buena relación con él (le considera la persona más importante). También se indica que el Sr. Víctor tiene capacidades parentales excelentes apreciadas en relación a la idoneidad, el modo de ejercicio de la patria potestad o el régimen de custodia de los hijos menores, gozando ambos progenitores de perfiles óptimos como cuidadores, encontrándose ambos capacitados para mantener la guarda y custodia de los menores. En dicho informe se recomienda un régimen de custodia compartida semanal con una visita inter semanal con pernocta con el progenitor que no conviva con los menores esa semana, añadiendo que los progenitores deberían mantener una comunicación fluida y siempre centrada en el bienestar de los niños, indicando de forma expresa la necesidad de que los progenitores no hablen de forma negativa del otro progenitor delante de los niños. Por otra parte, en el acto del juicio la perito declaró que los niños están bien con los dos progenitores, siendo la custodia compartida lo mejor para su desarrollo evolutivo.

Con arreglo a tal resultado probatorio este Tribunal considera acertada la decisión de la Juzgadora de la instancia, pues como señala la STS de 30 de octubre de 2014, lo que "... prima [es] el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil (EDL 1889/1) ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (EDL 1996/13744), define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel".

En definitiva, dadas las circunstancias concurrentes en el caso de autos se estima que la custodia compartida es el sistema más beneficioso para María Inmaculada y Antonio, sin que la distante relación que pueda haber entre los progenitores puedan ser argumento para no acordarlo; son los progenitores los que tendrán que modificar sus actitudes, relaciones y comportamientos a fin de hacer viable el sistema, poniendo en valor lo único que debe importarles que no es más que el bienestar de sus hijos.

No obstante proceder la confirmación de la sentencia de la instancia, en beneficio de los menores y en aras a evitar una habitual fuente de conflictos en los casos de custodia compartida, manteniendo la obligación de cada uno de los progenitores de asumir los gastos ordinarios de los menores cuando estén con ellos (sustento, habitación, vestido), se acuerda que ambos deberán contribuir por mitad no solo a los gastos extraordinarios sino también a cualesquiera gastos de formación y educación en que los niños incurran (cuotas escolares, uniformes, libros y material escolar, etc..).

### CUARTO.-

Con arreglo al criterio que mantiene este Tribunal en los procesos de familia, en atención a la naturaleza de las pretensiones que se suscitan, no se hace expresa imposición de las costas causadas en la alzada.

### FALLO

En atención a lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia,

Ha decidido:

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Paula contra la sentencia de fecha 25 de marzo de 2021, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de DIRECCION000 en autos de modificación de medidas n.º 668/19, confirmamos dicha resolución,

si bien modificando el último párrafo de la parte dispositiva de dicha resolución que queda en los siguientes términos: "Los gastos de formación y educación en que los menores incurran (cuotas escolares, uniformes, libros y material escolar, etc..), así como los gastos extraordinarios serán por mitad, y los gastos ordinarios serán asumidos por cada uno de los progenitores cuando los menores estén con ellos".

No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

Se acuerda la pérdida por la parte apelante del depósito constituido para recurrir ( D.A 15ª L.O 1/2009 (EDL 2009/238888))

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional siempre que concurran las causas y se cumplimenten las exigencias del [artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(EDL 2000/77463\)](#) 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 \(EDL 2009/238888\)](#); 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 46250370102022100397

## Conceptos

---

Ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos

Modificación de las medidas definitivas adoptadas en el proceso matrimonial por variación sustancial de las circunstancias