http://www.tirantonline.com

# Documento TOL6.576.257

# Jurisprudencia

**Jurisdicción:** Civil

**Ponente:** [Manuel José López Orellana](/tol/busquedaJurisprudencia/search?ponente=3040)

**Origen:** Audiencia Provincial de Valencia

**Fecha:** 02/02/2018

**Tipo resolución:** Sentencia

**Sección:** Décima

**Número Sentencia:** 70/2018

**Número Recurso:** 971/2017

**Numroj:** SAP V 550/2018

**Ecli:** ES:APV:2018:550

**ENCABEZAMIENTO:**

ROLLO Nº 000971/2017

SECCIÓN 10ª

SENTENCIA nº.70/2018

SECCIÓN DÉCIMA :

Ilustrísimos Sres .:

Presidente:

D. JOSÉ ENRIQUE DE MOTTA GARCÍA ESPAÑA

Magistrados/as:

Dª ANA DELIA MUÑOZ JIMÉNEZ

D. MANUEL JOSÉ LÓPEZ ORELLANA

En Valencia, a dos de febrero de dos mil dieciocho

Vistos ante la Sección Décima de la Iltma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación,

los autos de Divorcio contencioso nº 000669/2016, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E

INSTRUCCIÓN Nº 4 DE DIRECCION000 , entre partes, de una como demandante, D. Evaristo representado

por el Procurador D. JOSÉ ALBERTO LÓPEZ SEGOVIA y defendido por la Letrada Dª. DIANA CERVELL

RODRÍGUEZ y de otra como demandada-apelante, Dª. Marisol , representada por la Procuradora Dª. Mª

CARMEN JOVER ANDREU y defendida por la Letrada Dª ANA MARÍA MEJÍAS GIMÉNEZ, siendo parte EL

MINISTERIO FISCAL.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL JOSÉ LÓPEZ ORELLANA.

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

PRIMERO.- En dichos autos por el Iltmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 4 DE DIRECCION000 , en fecha 30-1-17, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Evaristo contra Marisol debo acordar y acuerdo el divorcio de los expresados, con todos los efectos legales, y en especial los siguientes: 1º.- Los hijos menores de edad quedarán en compañía y bajo la custodia de la madre, si bien la patria potestad continuará siendo ejercida conjuntamente por ambos progenitores.

2º.- El padre tendrá en su compañía a los menores en fines de semana alternos, recogiéndolos los viernes a la salida del colegio y reintegrándolos en el domicilio familiar a las veinte horas del domingo, y la mitad de las vacaciones escolares de Fallas, verano, Navidad y Semana Santa, eligiendo estos períodos los años pares el padre y los impares la madre. Aquel a quien le corresponda el derecho a elegir el periodo vacacional deberá manifestarlo con, al menos, un mes de antelación, y en caso contrario se entenderá que opta por el primer periodo. Igualmente aquellas semanas que el progenitor esté en Valencia tendrá derecho a una visita intersemanal, los miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20:00 horas que los menores serán reintegrados al domicilio materno. Transcurrido un plazo de seis meses tal visita intersemanal incluirá pernocta y el progenitor reintegrará a los menores al día siguiente en el colegio.

3º.- En concepto de pensión alimenticia para los hijos, Evaristo abonará la cantidad de 500 euros mensuales por hijo, por meses anticipados y dentro de los primeros cinco días de cada mes. Dicha cantidad se actualizará anualmente, con acuerdo a la variación experimentada por el índice general de precios de consumo, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los alimentistas, entendiendo por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por la Seguridad Social o seguro privado suscrito al efecto, serán sufragados por mitad por ambos progenitores, así como los convenientes para su formación de mediar acuerdo o autorización judicial.

4º.- El uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y a la esposa, pudiendo el otro progenitor retirar sus objetos y efectos de uso personal.

5º.- Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial.

6º.- Las partes deberán abonar por mitad los gastos de graven la propiedad del inmueble que ambos tienen en la localidad de Madrid. El pronunciamiento relativo al abono de los seguros de vida, salud y vehículo se difiere a la liquidación de sociedad de gananciales en atención a lo expuesto en el fundamento cuarto, al igual que los préstamos personales.

7º.- Las parte se comprometen a asistir a terapia familiar, debiendo aportarse mutuamente cada tres meses los informes que tales peritos vayan emitiendo, en virtud del acuerdo alcanzado por las partes.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y por mitad las comunes." En fecha 9-02-17, se dictó auto de aclaración de la referida sentencia cuya parte dispositiva determina: "SE ACLARA la sentencia de fecha 30 de enero en el sentido de precisar que el importe del seguro médico privado no está incluido dentro de la pensión de alimentos"

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 29-01-18 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.- D. Evaristo presentó demanda de divorcio contencioso frente a Dª. Marisol , pidiendo que fuera decretado judicialmente con todos los efectos legales inherentes, con atribución de la guarda y custodia de los tres hijos menores a la madre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores; régimen amplio de comunicaciones y estancias para con el padre; regulación de periodos vacacionales en los términos que exponía; pensión de alimentos de 300 euros mensuales para cada uno de los hijos, actualizable según el IPC; pago de gastos extraordinarios al 50 % por cada progenitor; atribución de uso del que fuera domicilio familiar, propiedad de los abuelos maternos, a la esposa e hijos; reparto del ajuar familiar; liquidación de la sociedad de gananciales; y comunicación al Registro Civil de la sentencia de divorcio.

Contestada la demanda por el Ministerio Fiscal y por la demandada, recae sentencia en la primera instancia, parcialmente estimatoria de la demanda, por la que, con base a lo dispuesto en los artículos 86 , 81 , y 92 a 95 CC , se acuerda el divorcio de los litigantes con todos los efectos legales, quedando los hijos menores de edad en compañía de la madre, manteniendo la patria potestad conjunta de ambos progenitores, regulando también el régimen de visitas del padre de fines de semanas alternos y una visita intersemanal cuando se encuentre en Valencia, además de la mitad de las vacaciones escolares; pensión de alimentos actualizable para de 500 euros mensuales por cada uno de los hijos; gastos extraordinarios y los del inmueble en copropiedad ubicado en Madrid a abonar por mitad por cada progenitor; y uso de la vivienda familiar y objetos de uso ordinario para los hijos y la esposa; con disolución del régimen económico matrimonial; y compromiso de las partes a asistir a terapia familiar, debiendo reportarse mutuamente cada tres meses los informes que los peritos fueran emitiendo. Quedando complementada la sentencia médiate auto aclaratorio que precisa que el importe del seguro médico privado no quedaba incluido dentro de la pensión de alimentos.

Resolución que apela Dª. Marisol .

SEGUNDO. - Se solicita con la apelación, en primer lugar, que se precise en la sentencia de primera instancia, en función del acuerdo alcanzado al efecto entre las partes, y cuya omisión se entiende se habría producido por mero error involuntario que, si bien las vacaciones escolares de Navidad, Fallas y Semana Santa se disfrutaran por los menores por mitad con cada uno de los progenitores, las escolares de verano lo fueran en los meses de julio y agosto por quincenas alternas, operando el régimen de visitas ordinario en los días de vacaciones de los meses de junio y septiembre. Lo que se entiende facilitaría, al corresponder habitualmente las vacaciones laborales de los progenitores al mes de agosto, que ninguno se viera privado en este periodo de poder estar y disfrutar de sus hijos.

A lo que cabe acceder, en evitación de dudas interpretativas y controversias respecto al tenor literal de la sentencia, completando en este punto la misma, pues es, precisamente, lo que también solicitaba el demandante en su demanda, y favorece la estancia deseable de los hijos con ambos padres. Manteniéndose, por otra parte, la preferencia de elección que recoge la resolución impugnada, cuando no haya acuerdo entre las partes, en los años pares por parte del padre y los impares de la madre.

Y, en segundo lugar, se interesa la revocación de la medida relativa a la terapia familiar, al no haber mostrado su conformidad las partes en el acto de la vista pese a lo indicado al respecto en la sentencia, y que, de conformidad con lo establecido en el informe de la perito judicial y en atención a la enfermedad padecida por el actor que por parte del mismo viniera obligado a informar cada tres meses por su psiquiatra de su evolución y estado clínico.

Al respecto corresponde señalar que, para la determinación en cada caso del régimen oportuno de la guarda y custodia de los menores de edad y, por tanto, de las medidas complementarias y accesorias a adoptar para su correcto desarrollo, hay que tener siempre en cuenta el principio inspirador que rige siempre en esta materia del "favor filii" o interés del hijo menor, que se refleja en el artículo 39-2 CE , que obliga a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, y en los Tratados y Resoluciones de las organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996. Principio que inspira también numerosos preceptos del Código Civil y constituye la idea básica de la regulación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor. Estableciendo también el artículo 39-3 CE la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

Asimismo que, para la determinación del régimen de visitas, debe atenderse, junto con la preeminencia del interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, a la premisa ineludible de su necesidad, al ser esencial a la relación paterno-filial, lo que consagra el artículo 94 CC al decir que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados, gozarán del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, y si bien el mismo precepto prevé la posibilidad de su limitación o suspensión, ello será así si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumpliere grave o reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial, debiendo entenderse como "graves circunstancias que así lo aconsejen" las que afecten negativamente al menor, a ponderar no tanto por sí mismas como en función de la relación padre-hijo, y cuyo acogimiento habrá de ser siempre moderado y restrictivo, a la par que contemplador de todas las circunstancias de tal compleja función de visitas, máxime cuando, en última instancia, quien más va a sufrir las consecuencias de esa medida va a ser el niño, que se verá privado de unas relaciones con su progenitor, y en el que el precepto aludido piensa como más necesitado de las mismas (al respecto, S. de esta Sección 20 diciembre 2017 ).

Siendo, por lo demás, que, para poder determinar cuál es la mejor opción que preserve el interés del menor, tanto la Sala como el Juzgado, deben asesorarse del informe imparcial y objetivo que emiten los profesionales en la materia, quienes por su formación están en mejores condiciones de determinar, en cada caso concreto, cuál debe ser la forma de custodia que preserva más dicho interés; de tal manera que, las conclusiones del informe psicosocial, deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el Tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, pero sin desconocer su importancia y trascendencia (en este sentido, S. de este Tribunal, 27 noviembre 2017 ).

Desde las anteriores premisas, con relación a la cuestión planteada por la apelante, debe tenerse en cuenta que, como indica la perito judicial psicóloga en su informe de fecha 9 de enero de 2017, con base a las pruebas que practica, tanto uno como otro progenitor no muestran patología grave que les incapacite para la puesta en práctica de las funciones parentales, tipo psicótico o neurovegetativo, si bien sí dificultades, de una manera más generalizada de la progenitora, no así en el progenitor en el que no se detectan dificultades en sus capacidades y habilidades para el desarrollo de sus funciones parentales, obteniendo un perfil más ajustado en el momento presente. Presentando la progenitora un cuadro depresivo reactivo a la situación que vive y una serie de dificultades en sus habilidades de cuidado responsable y afectivo, con carencias importantes a la hora de afrontar esta tarea con los menores. Mientras que el progenitor padece un trastorno bipolar tipo II, enfermedad que nunca manifiesta síntomas psicóticos, actualmente eutímico o ausente de sintomatología, y con capacidad en el momento presente para ejercer un régimen de visitas normalizado a favor de los menores. Y sufriendo los menores, por su parte, riesgo de trastornos emocionales, observándose un perfil de inadaptación escolar y social e insatisfacción con el ambiente familiar, con evidencias de la influencia de la progenitora en las reticencias expresadas por los menores, no por relacionarse con el padre, sino por el miedo que les supone no tener información correcta acerca del comportamiento que ha tenido el progenitor de manera puntual, y al no aceptar la ruptura del vínculo matrimonial ni la figura materna, ni en el entorno por ambos padres elegido. Comprometiendo la madre la adaptación emocional de los menores a la situación del divorcio de los padres por su propia incapacidad para hacerlo así como a la enfermedad del progenitor. El que, por su parte, no se muestra habilidoso para neutralizar esta influencia, pues, a su vez "carga" contra la madre.

Por lo que, para solventar estas dificultades, y en interés de los menores y de los propios litigantes, junto con el régimen de visitas de fines de semanas alternos e intersemanales -a la sazón acordadas en la sentencia-, propone la perito: por un lado, en el caso de la figura materna, la necesaria intervención de un profesional de la salud mental tipo psicológico que le ayude a afrontar la nueva situación personal y familiar, mejorando su estado de ánimo y las dificultades que encuentra en sus habilidades de cuidado y atención de los niños, lo que beneficiará a los menores; y, por otro, la emisión de informe de médico psiquiatra que trate al padre cada tres meses, y al menos durante un año, hasta que la situación familiar haya quedado del todo resuelta y los miembros se encuentren adaptados; de tal forma que, pasados tres meses desde el inicio de tratamiento y seguimiento de profesionales, acudan ambos progenitores al servicio de mediación para reducir la conflictividad y aprendan a utilizar nuevos recursos para no judicializar sus conflictos y desencuentros; y, por último, después de seis meses, hacer seguimiento de la evolución del grupo familiar, dadas las dificultades encontradas.

Así, sin perjuicio de poder entenderse de la exposición inicial de las partes en la audiencia previa el estar inicialmente de acuerdo con tales recomendaciones de la perito y remisión de información recíproca, y de este modo la discusión fundamental que siguió versó sobre otros extremos, pero aún para el caso de que no hubiese sido así, procede su adopción en función del interés primordial de los hijos, como parece haber entendido también la sentencia de primera instancia, pero sin ser en este apartado lo suficientemente explícita al efecto.

Por lo que, sin dejar sin efecto totalmente la decisión de tener que acudir los progenitores a asistir a terapia familiar, procede complementarla, incorporando con más detalle tales recomendaciónes de la perito, se insiste, de acuerdo con el interés primordial de los menores y destinadas a solucionar las dificultades existentes detectadas a las que se ha aludido, en los términos que se dirán en la parte dispositiva. Esto es, la obligación de informar de forma recíproca entre los litigantes, cada tres meses por el psiquiatra del demandante de su evolución y estado clínico en el caso de este, pero también de la profesional de la salud pública tipo psicólogo que lo haga de la demandada de su evolución y estado clínico al actor. Lógicamente limitada la información estríctamente a lo que afecte a los menores. Con posterior asistencia de ambos al servicio de mediación.

Para después proceder al seguimiento del grupo familiar. Y correspondiendo solventar entre los litigantes, en su caso, cualquier dificultad que pueda existir por razón de residir en ciudades distintas para coordinar su presencia conjunta, pues ello no es a priori inconveniente absoluto que lo imposibilite.

Por lo que procede estimar parcialmente la apelación y variar y completar la sentencia de primera instancia en los extremos indicados. Y confirmar el resto.

TERCERO . - En atención a la estimación parcial de la apelación y lo dispuesto en el artículo 398 LEC no procede realizar expresa condena de las costas de la alzada.

Vistos los preceptos citados, demás concordantes y de general aplicación, así como jurisprudencia.

**FALLO:**

En atención a todo lo expuesto, la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, en nombre de Su Majestad del Rey Ha decidido:

PRIMERO . - Se estima en parte el recurso de apelación interpuesto por Dª. Marisol contra la sentencia de fecha 30 de enero de 2017 , aclarada por auto de 9 de febrero de 2017, del Juzgado de 1ª Instancia número 4 de DIRECCION000 en su procedimiento de divorcio contencioso nº. 669/2016.

SEGUNDO . - Se varía y complementa la indicada resolución contemplando dentro de las medidas adoptadas: 1. El disfrute por los hijos menores de las vacaciones escolares de verano en los meses de julio y agosto por quincenas alternas con cada uno de los progenitores, operando el régimen de visitas ordinario en los días de vacaciones de los meses de junio y septiembre.

2. El tratamiento de profesional de la salud mental tipo psicológico respecto a la madre, y psiquiátrico del padre, en los términos señalados por la perito judicial, y emisión cada tres meses de informe por los profesionales que los traten con intercambio recíproco de los informes entre las partes, ceñidos estrictamente a lo que afecte a los menores. Y al menos durante un año, hasta que la situación familiar haya quedado del todo resuelta y los miembros se encuentren adaptados. Debiendo acudir ambos progenitores, pasados tres meses desde el inicio de tratamiento y seguimiento de profesionales, al servicio de mediación. Para, después de seis meses, hacer seguimiento de la evolución del grupo familiar.

Y se confirma el resto.

TERCERO . - No se hace expresa imposición de las costas generadas en esta alzada.

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

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 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.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.