



Roj: **SAP MU 275/2015 - ECLI: ES:APMU:2015:275**

Id Cendoj: **30030370042015100026**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Murcia**

Sección: **4**

Fecha: **05/02/2015**

Nº de Recurso: **972/2014**

Nº de Resolución: **51/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS MORENO MILLAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4**

**MURCIA**

**SENTENCIA: 00051/2015**

**Rollo Apelación Civil nº: 972/14**

**Ilmos. Sres.**

Don Carlos Moreno Millán.

**Presidente**

Don Juan Martínez Pérez Don Francisco José Carrillo Vinader

Magistrados

**SENTENCIA Nº 51**

En la ciudad de Murcia, a cinco de febrero de dos mil quince.

Esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia ha visto en grado de apelación los presentes autos de Juicio de Modificación de Medidas que con el número 275/13 se han tramitado en el Juzgado Civil nº 1 de Caravaca de la Cruz entre las partes, como actora y ahora apelada, D. Justino (N.I.F.: NUM000 ) representado por el Procurador Sr. García Morcillo y dirigido por la Letrada Sra. Hernández López; y como parte demandada y ahora apelante, Dña. Olga (N.I.F.: NUM001 ), representada por el Procurador Sr. Navarro López y dirigida por el Letrado Sr. López Romero. Es parte el Ministerio Fiscal y Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Don Carlos Moreno Millán que expresa la convicción del Tribunal.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado Civil citado dictó sentencia en estos autos con fecha 31 de julio de 2014 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: FALLO: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora doña M<sup>a</sup> Ángeles Meroño Sabater en nombre y representación de don Justino , y desestimando la demanda presentada por el Procurador don Juan Esmeraldo Navarro López en nombre y representación de doña Olga acuerdo la siguiente modificación de las medidas paternofiliales y económicas que vienen rigiendo entre las partes establecidas en sentencia nº 83/2006.

1<sup>a</sup>.- La guarda y custodia del hijo menor de edad Jose Augusto se atribuye al padre don Justino , siendo la patria potestad compartida.

La titularidad y ejercicio conjunto de la patria potestad implica:

Ø Que los padres deben decidir de común acuerdo -y en su defecto acudir al órgano judicial por la vía del artículo 156 segundo párrafo- las cuestiones que no sean rutinarias y habituales de los menores, tales como:



§ La elección o el cambio de centro escolar.

§ El de residencia que implique apartar a los menores de su entorno habitual o influya en él la relación de éstos con el progenitor no custodio,

§ El someter al menor a tratamientos médicos (por ejemplo una ortodoncia o vacunas no obligatorias, tratamientos de quimioterapia, rehabilitación, quirúrgicos o psicológicos) fuera de las asistencias médicas puntuales y menores,

§ Las celebraciones de actos religiosos,

§ La elección de actividades extraescolares.

§ O la asistencia a campamentos o viajes escolares

Ø Que ambos han de estar al corriente de cualquier información relativa a los menores, y ello aún cuando la guarda y custodia se haya atribuido en exclusiva a algunas de las partes,

§ De tal forma que el centro escolar ha de informar a ambos padres por igual (reuniones con tutores, participación en fiestas escolares, boletín de notas o sanciones o absentismo escolar)

§ Y también el centro de salud o médico habitual (de la historia clínica, de los diagnósticos, de ingresos hospitalarios, de tratamientos prescritos, y cualesquiera otras circunstancias relativas a la salud de los menores)

La guarda y custodia en exclusiva comporta:

Estar en compañía y al cuidado del menor en la atención diaria e incluye el poder tomar decisiones habituales y rutinarias, tales como:

§ Revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias,

§ Actividades en el tiempo de ocio de los menores -que asistan a fiestas de cumpleaños o vayan a dormir una noche a casa de algún amigo-, siempre cuando las mismas no impliquen actividad de riesgo -por ejemplo alpinismo- y mientras no perturben el régimen de comunicación y visitas con el progenitor no custodio.

§ Resolver las cuestiones relativas a la ropa que vistan, el almuerzo que se prepare para el colegio, o que vayan a excursiones previstas durante la jornada laboral.

§ Y las decisiones que sean precisas en situación de urgente necesidad.

§ A su vez supone la obligación de mantener informado al progenitor no custodio de forma puntual o periódica de los aspectos relevantes en la vida del menor.

3ª.- Como régimen de visitas para la madre, podrá estar en compañía de su hijo menor:

§ Los fines de semana alternos, desde la salida del colegio del viernes hasta las 20 horas del domingo.

§ Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la Institución donde cursa sus estudios, se considerará este período agregado al fin de semana, y en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponde el repetido fin de semana.

§ El primer fin de semana con derecho de visitas a favor del progenitor no custodio será el inmediatamente posterior al de la notificación de la presente resolución.

§ La mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Verano y Navidad, suspendiéndose durante éstas el régimen ordinario de visitas de fines de semana.

§ Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en un primer período desde las 19 horas del día en que acaben las clases escolares hasta las 20 horas del miércoles víspera de Jueves Santo y un segundo período hasta las 20 horas del domingo de Resurrección.

§ Las vacaciones de verano serán las comprendidas entre el día siguiente a la entrega de las notas de fin de curso o día en que finalice el mismo, si coincidieran, desde las 10 horas y hasta el 31 de julio inclusive y desde el 1 de agosto hasta el día anterior al comienzo del nuevo curso a las 20 horas. Y habrá que especificar si se interesan por quincenas o por semanas o por mitad de los períodos.

§ Las vacaciones de Navidad comprenden un primer período desde las 19 horas del día en que acaban las clases escolares, hasta las 14 horas del 31 de diciembre, y un segundo período hasta las 20 horas del día de Reyes.

§ En caso de discrepancia los años corresponderá al padre el disfrute de todas las estancias en el primer período y a la madre el segundo período, y en los años impares se alternará el turno y disfrutará la madre el primer período en todas las estancias y el padre el segundo.



§ El día del padre, 19 de marzo, le corresponderá al padre.

§ El día de la madre, le corresponderá a la madre.

§ El día del cumpleaños y santo de la menor: los años pares le corresponderá a la madre el día del cumpleaños y al padre el día del santo; los años impares se alternara de manera que le corresponderá a la madre el día del santo y al padre el día del cumpleaños.

§ El régimen de visitas prevalece sobre las actividades extraescolares, y sin perjuicio de los padres de adaptar de común acuerdo éstas al régimen señalado o de modificar éste en virtud de aquéllas, con consentimiento de los dos progenitores.

§ En los períodos en que la menor se encuentra con el progenitor no custodio, su documentación identificativa y sanitaria será entregada por el custodio junto con la misma y será reintegrada por el progenitor no custodio en la entrega de la menor.

§ En caso de tareas escolares, el progenitor que disfrute de la menor la tarde o fin de semana en que el colegio haya establecido la misma, será responsable de que se realice antes de que el menor sea reintegrado a su domicilio o al centro escolar, cuidado de la devolución de los libros y material escolar utilizado para ello.

§ Ambos progenitores tendrán derecho a comunicarse con su hijo durante los períodos de estancias y visitas con el otro progenitor, por vía telefónica, carta, correo electrónico, y cualesquiera otros medios que se establezcan, siempre y cuando no alteren la rutina de los menores, y para el caso de desacuerdo se establece que la comunicación, será telefónica, de 30 minutos diarios, en horario de 19.30 a 20 horas los días no festivos y en horario de 11 a 11.30 horas los días festivos, siendo responsabilidad de ambas partes procurar dicha comunicación.

§ El menor será recogido y entregada en el domicilio en que residía con la madre en Caravaca de la Cruz.

§ Alcanzada la edad de 16 años el régimen de estancias, comunicaciones y visitas será el que concierte el menor libremente con el progenitor no custodio.

3º.- En concepto de alimentos para el hijo menor de edad, doña Olga abonará a don Justino , por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 275 euros (en doce mensualidades, a satisfacer aún cuando el niño se encuentre disfrutando de períodos de visitas con el progenitor no custodio); esta cantidad será actualizada anualmente según el índice que establezca el Instituto Nacional de Estadística. El pago se formalizará mediante ingreso en la c/c que a tal efecto se designe. Los gastos extraordinarios del menor serán satisfechos por mitad, previa presentación de factura, en los términos que a continuación se expondrá.

La pensión alimenticia cubre exclusivamente las necesidades básicas, ordinarias y normales de los hijos señaladas en el artículo 142 en relación con el 154 del Código Civil , esto es, todo aquello que es preciso para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción y, en definitiva, formación integral, todo ello entendido conforme al "estatus" familiar; son gastos ordinarios los uniformes, libros escolares, matrícula, excursiones escolares, comedor escolar, gastos médicos y de farmacia habituales, gafas y dentista. Estos gastos no precisan del consenso previo de los progenitores ni autorización judicial para su devengo sino que el acreedor a cuyo cargo se encuentran los beneficiarios puede disponer de la pensión discrecionalmente en ejercicio de la administración doméstica.

Sí son gastos extraordinarios los que suponen un tratamiento médico no habitual, así como viajes de especial duración y clases particulares, sean deportivas, culturales o de otra naturaleza, así como cualesquiera otros que revistan la suficiente entidad como para que se derive de ello un grave perjuicio para algunos de los intereses en relación a la situación de equilibrio entre los progenitores. Los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable que por ello no pueden incluirse en la pensión ordinaria a la vez que no pueden ser costeados por uno sólo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones (personal y económica). Ello no significa que hayan de ser siempre imprescindibles y necesarios (silla de ruedas, elementos ortopédicos, asistencia por terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que puedan ser accesorios (por ejemplo, operaciones quirúrgicas cubiertas por la Seguridad Social que, sin embargo, se practica en centros privados) o, simplemente, complementarios (viajes de estudios, clases particulares, etc.). Consecuente con lo anterior, y para evitar que el cumplimiento de las obligaciones quede al arbitrio de una de las partes, lo que vulneraría el artículo 1256 del Código Civil , la regla general es que los gastos extraordinarios deben ser consentidos previamente a su devengo por ambos progenitores a fin de que cada uno de ellos pueda opinar sobre su conveniencia o su cuantía y, a falta de acuerdo, que sea autorizado judicialmente. Excepcionalmente, en evitación de que se causen perjuicios irreparables a los hijos, lo que contraviene lo preceptuado en el 158 del Código Civil, y en general, el principio del



*favor filii y las normas sobre protección de menores, los gastos inaplazables y, por ende, que no toleran demora sin grave riesgo o daño del hijo, pueden ser autorizados judicialmente "a posteriori" si concurriere discordia entre los obligados.*

*No procede hacer condena en costas, conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la índole de la materia enjuiciada".*

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandada, Sra. Olga, que lo basó en error en la valoración de la prueba e infracción de normas procesales, solicitando el recibimiento a prueba. Se dio traslado a la otra parte que se opuso al mismo.

**TERCERO.-** Previo emplazamiento de las partes, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial, en cuya Sección Cuarta se registraron con el número de Rollo 972/14. Por auto de fecha 15 de enero de 2015 se desestimó la solicitud de prueba y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 4 de febrero de 2015.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia dictada en la instancia estima parcialmente la acción ejercitada por el actor, Justino, contra Dña. Olga, tendente a la modificación del régimen de guarda y custodia del hijo común, Jose Augusto de 9 años de edad, atribuido a la madre en la precedente sentencia de divorcio dictada con fecha 26 de septiembre de 2006, por entender concurrente en la actualidad una alteración sustancial de las circunstancias que en aquel momento determinaron su adopción.

El actor, Sr. Justino, solicitaba con carácter principal la atribución a su favor de la guarda y custodia del menor y con carácter subsidiario la adopción de un régimen de custodia compartida.

La citada sentencia estima en parte la demanda formulada por D. Justino. Acuerda el cambio del modelo de guarda y custodia del hijo común y declara su atribución en favor del padre, estableciendo un concreto régimen de visitas en favor de la madre, así como la obligación de dicha progenitora no custodia del pago de una pensión de alimentos en beneficio del menor por importe de 275 €/mes. A su vez, dicha sentencia desestima la demanda de modificación de medidas presentada por la Sra. Olga y acumulada a la anterior, por la que pretendía, en atención al cambio de residencia de la misma y de su hijo, cuya custodia tenía atribuida, a la ciudad de Toledo, la fijación en favor del progenitor no custodio de un régimen de visitas acorde con dicha situación.

La mencionada Sra. Olga, muestra su disconformidad con el referido pronunciamiento judicial e interesa su revocación y el dictado de una nueva sentencia que estime íntegramente su demanda. Con carácter subsidiario solicita, de un lado, la desestimación de las dos demandas al permanecer la recurrente en la población de Caravaca de la Cruz y no concurrir circunstancia alguna para acordar la modificación del modelo de custodia fijado en la sentencia de divorcio; de otra parte, interesa, también con carácter subsidiario, la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida y, finalmente, solicita, en caso de que se confirme la sentencia, el establecimiento de un régimen de visitas a su favor comprensivo de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo, así como los martes y jueves de cada semana con pernocta desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada al centro escolar y la mitad de las vacaciones de navidad, semana santa y verano, y que se establezca, en todo caso, como lugar de recogida y entrega del menor el domicilio de Caravaca de la Cruz.

**SEGUNDO.-** Concretadas en los indicados términos las cuestiones impugnatorias suscitadas en esta apelación, entiende este Tribunal, tras la revisión de lo actuado en los presentes autos, que, sólo asiste razón a la parte recurrente en la segunda de las pretensiones subsidiarias que plantea, referida a la fijación de un régimen de guarda y custodia compartida, por lo que procede, como seguidamente se argumentará, la revocación de la sentencia de instancia con respecto a dicho pronunciamiento.

Para la adecuada resolución de la controversia generada en esta fase de apelación, hemos de tener en cuenta, que la sentencia de instancia fundamenta su decisión favorable a la atribución al Sr. Justino de la medida de guarda y custodia del hijo, en razón a los inconvenientes y perjuicios para el menor que pudieran derivarse de su traslado de residencia en la ciudad de Toledo, donde la madre, que tenía atribuida su custodia por sentencia de divorcio dictada en 26 de septiembre de 2006, había decidido fijar su nuevo domicilio.

La sentencia valora en tal sentido, tanto la perfecta integración del menor en el entorno familiar, social y escolar de Caravaca de la Cruz, como las dificultades añadidas para su adaptación a un nuevo entorno, dada su personalidad y características, conforme a las conclusiones y recomendaciones del informe pericial-judicial practicado en la instancia y ratificado y aclarado en el acto del juicio. La sentencia además, reconoce la



capacidad y aptitudes de uno y otro progenitor en orden al cuidado y atención del menor. Se manifiesta la coincidencia de ambos en el modelo educativo que desarrollan, así como la buena relación del menor con sus padres y la positiva vinculación e integración del mismo en el nuevo núcleo familiar formado por sus progenitores con sus respectivos, cónyuge o paraje sentimental.

Como así se dice en la sentencia apelada y se acepta por las partes litigantes, el debate en la instancia se había concertado en decidir si el menor continúa bajo la custodia de la madre no obstante el cambio de residencia de la misma a la ciudad de Toledo o si el menor queda bajo la custodia del padre persistiendo el cambio de residencia de la progenitora.

La Sra. Olga discrepa del pronunciamiento judicial de instancia que atribuye al padre la guarda y custodia del menor. Manifiesta, entre otras alegaciones acerca de las infracciones procesales y error en la valoración de la prueba, que teniendo en cuenta la realidad actual, consistente en la residencia de la misma en Caravaca de la Cruz, el Tribunal deberá decidir en función de ese nuevo hecho y por tanto manteniendo el primitivo régimen de custodia de la madre. Fundamenta dicha pretensión en lo dispuesto en el artº. 752 de la LEC, que permite garantizar la justicia material en este ámbito tan especial del Derecho de Familia salvaguardando el superior interés del menor y que faculta a los Tribunales para decidir dichos procedimientos con arreglo a los hechos que resulten probados con independencia del momento en que hubieren sido alegados.

Sin embargo, este Tribunal no comparte dicho planteamiento. Téngase en cuenta, que el hecho nuevo que se alega, es decir, el mantenimiento de la residencia de la Sra. Olga en Caravaca de la Cruz, no reúne los requisitos que exige el artº. 752 de la LEC. Y ello porque la fijación de la residencia en dicha población surge como consecuencia del dictado de la sentencia de instancia desestimatoria de las pretensiones de dicha parte. No se trata, por tanto, de un hecho nuevo, sino de un cambio del objeto del proceso y por tanto de la introducción en la "litis" de una nueva pretensión, inaceptable procesalmente y aún en mayor medida valorando que esa permanencia en Caravaca de la Cruz de la Sra. Olga, está condicionada a que judicialmente no se le autorice el traslado a Toledo con su hijo.

**TERCERO.-** En idéntico sentido desestimatorio cabe pronunciarnos con respecto al motivo de apelación referido a la existencia de error en la valoración de la prueba e infracción procesal. Tal pretensión se articula en relación con la diligencia de exploración del menor y con el contenido del informe pericial. Con respecto a la primera, se alude a la infracción del artº. 358 de la LEC, por no haberse levantado acta de la misma, ni haberse registrado en soporte apto para la grabación de la imagen y el sonido, habiendo generado indefensión. Se manifiesta la impugnación de dicha prueba por infracción de normas legales y garantías del proceso y se solicita su nulidad y la práctica de dicha exploración en esta alzada.

Tal planteamiento resulta procesalmente incorrecto. Téngase en cuenta, que la nulidad, dada su naturaleza excepcional, está condicionado a la concurrencia de determinados presupuestos que actúan como requisitos "sine qua non" en orden a su éxito y viabilidad. Se exige por ello, de un lado, la infracción de normas esenciales del procedimiento de cuya vulneración o incumplimiento se genere una clara y evidente indefensión para la parte que lo alega y, de otro lado, que dicha nulidad habrá de articularse a través de los recursos ordinarios previstos legalmente para la resolución de que se trate. El contenido de lo dispuesto en el artº. 227 de la LEC así lo pone de manifiesto.

La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé, en consecuencia, la concurrencia de esos dos presupuestos, el primero, afectante al objeto o fundamento de la nulidad, y el segundo, a los requisitos de preclusión de su planteamiento.

En este caso no concurre ninguno de los presupuestos mencionados. Su desestimación se impone por la preclusión de su planteamiento, ya que la parte pudo en su momento procesal adecuado, durante la tramitación del procedimiento, formular su discrepancia con dicha exploración a través de los recursos ordinarios procedentes. Su silencio entonces le impide ahora efectuar dicha impugnación, alegando indefensión por infracción procesal, pues como dice el Tribunal Constitucional en sentencia de 28 de junio de 1988, "...la interdicción de la indefensión y el principio de tutela judicial efectiva, no amparan la desidia, errores, ni la inactividad procesal de las partes".

También debemos rechazar el alegado error en la valoración de la prueba pericial judicial y en consecuencia asimismo la propuesta de ampliación del citado informe. Entendemos que la sentencia de instancia cuando declara que el traslado del menor a la ciudad de Toledo podría generarle determinados inconvenientes y perjuicios, está manifestando un correcto juicio valorativo de dicha prueba en el marco que establece el artº. 348 de la LEC, es decir, conforme a las reglas de la sana crítica, entendidas como una especie de standard jurídico o concepto jurídico en blanco o indeterminado, una especie de módulo valorativo de carácter meramente admonitivo, pero no preceptivo que se ha identificado, como dice el Tribunal Supremo en Sentencias de 26 de Abril y 17 de Mayo de 1995 con las " *más elementales directrices de la lógica humana* "; o bien con " *normas racionales* ", con el " *criterio lógico* " ( Sentencia de 30 de Julio de 1999 ) o con el " *raciocinio*



humano " ( Sentencia de 24 de Octubre de 2000 y 4 de Junio de 2001 ) y que constituye el criterio rector de la valoración de la prueba por los órganos jurisdiccionales, como señala el Tribunal Supremo en Sentencias de 31 de Julio y 16 de Octubre de 2000 .

Y en efecto así lo realiza la Juzgadora de instancia sin que en modo alguno quepa apreciar error alguno en tal valoración probatoria, y sin que resulte necesaria la ampliación del informe. Consta acreditado que la perito, Sra. Zaira valoró en su dictamen, entre otros elementos, la entrevista con el menor y el resultado de las distintas pruebas psicológicas efectuadas y tuvo en cuenta en sus conclusiones los problemas que podrían derivarse para Jose Augusto , como consecuencia del cambio de residencia que pretendía su madre. Como decíamos en el auto de 15 de enero de 2015, desestimatorio de la solicitud de prueba en esta alzada, la nueva exploración del menor y la ampliación del informe pericial, resultan innecesarios.

Procede, por lo expuesto, la desestimación de este motivo de recurso.

**CUARTO.-** Hemos mencionado con anterioridad que la nueva pretensión de la recurrente, encaminada a que el Tribunal resuelva el recurso con arreglo a la situación existente en la actualidad, excedería de lo establecido en el artº. 752.1 de la LEC . Sin embargo, entendemos que la misma, consistente en la permanencia de la recurrente en Caravaca de la Cruz, incide de forma directa e inmediata en la correspondiente relación con su hijo Jose Augusto , y por tanto requiere que el Tribunal, al amparo y salvaguarda del superior interés del menor, decida en tal sentido, incluso actuando de oficio.

Cabe afirmar, por tanto, que el resultado de las pruebas practicadas permite al Tribunal la adopción de un régimen de custodia compartida, que además y como se dice en el propio informe pericial, ha venido desarrollándose prácticamente durante los últimos años. Valoramos en tal sentido el mayor protagonismo y participación del padre en las correspondientes tareas de cuidado, atención y educación del hijo, como con anterioridad hemos señalado. Asimismo, la flexibilidad de su horario laboral, la coincidencia de ambos progenitores en el modelo de educación de su hijo, el apoyo y colaboración de la familia extensa del menor, así como de los nuevos cónyuges de uno y otro progenitor, la buena relación e integración de Jose Augusto en dichos entornos familiares y el hecho de que ese régimen de corresponsabilidad parental se haya desarrollado en realidad, en los últimos años, determinan, como decimos, la implantación de tal modelo de custodia, máxime además cuando no consta dato alguno que acredite que dicho régimen pueda resultar negativo para el superior interés del menor.

Entendemos, por último, que el hecho de que la relación entre ambos progenitores no se desenvuelva por cauces de normalidad, no constituye óbice alguno, como decíamos en la sentencia de 18 de diciembre de 2014 , que permita desacreditar la adopción de este modelo de custodia. Y ello, como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013 , porque ese hecho sólo podría resultar negativo cuando la mala relación o desavenencias, pudieran afectar al menor. Y ello no consta que suceda en este caso.

La adopción de este modelo de custodia responde a la reiterada doctrina del Tribunal Supremo contenida, entre otras en las sentencias de 29 de abril y 19 de julio de 2013 y 25 de abril y 2 de julio de 2014 , ha establecido, con respecto a este modelo de corresponsabilidad parental, la no excepcionalidad del mismo. Señala que el artº. 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situación de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea. Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : *"...se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , definen ni determinan, exige sin duda un comportamiento 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 éstos con aquél"* .

Por otro lado, la doctrina jurisprudencial establece como principio rector para la adopción de tan cuestionada medida, el superior interés del menor, al tiempo que proclama determinados criterios con sujeción a los cuáles, habrá de acordarse este modelo de corresponsabilidad parental.

Así las sentencias de 29 de abril y 19 de julio de 2013 , declaran, como doctrina jurisprudencial la siguiente : *"la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de los hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.*



*Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" .*

Cabe afirmar finalmente, que este modelo de custodia se aplicará por semanas alternas que se contarán desde el viernes a la salida del colegio hasta ese mismo momento de la semana siguiente en que el menor será recogido por el otro progenitor en el centro docente. Los períodos vacacionales escolares se distribuirán por mitad entre ambos progenitores, decidiendo ambos, de mutuo acuerdo. Además, cada progenitor deberá satisfacer los gastos ordinarios durante el tiempo que el menor se encuentre en su compañía y a su vez, satisfacer por mitad los gastos extraordinarios. Dado el desequilibrio existente entre la capacidad económica de uno y otro progenitor, procede que el Sr. Justino abone además, en concepto de pensión de alimentos la cantidad de 200 €/mes. Se acuerda, por último, que esta medida de custodia compartida estará vigente mientras subsista la situación fáctica de residencia de la Sra. Olga en Caravaca de la Cruz, existente en la actualidad. En otro caso, dicha custodia se atribuirá en exclusiva al otro progenitor Sr. Olga .

**QUINTO.-** Dada la estimación parcial del recurso formulado no procede efectuar declaración sobre las costas causadas en esta alzada ( artº. 398 de la LEC ), debiendo también restituirse el depósito constituido para recurrir, tal y como resulta de la Disposición Adicional 15ª.8 LOPJ .

Vistas las normas citadas y demás de general y pertinente aplicación.

## FALLAMOS

Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso de apelación formulado por el Procurador Sr. Navarro López en representación de Dña. Olga contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil nº 1 de Caravaca de la Cruz en el Juicio de Modificación de Medidas nº 275/13, debemos **REVOCAR parcialmente** la misma, en el sentido de dejar sin efecto el régimen de custodia que declara, y las medidas derivadas del mismo, acordando en su lugar la adopción del modelo de CUSTODIA COMPARTIDA, en los términos que constan en esta sentencia, sin efectuar pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir al ser estimado el recurso.

Notifíquese esta sentencia conforme a lo establecido en el artº. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndose saber que contra ésta cabe interponer los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en los términos del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artº. 479 del mismo texto procesal, en cuyo caso deberá de interponerse el mismo ante esta Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, previo depósito de la cantidad de 50 €, en el plazo de veinte días siguientes a la notificación de la presente resolución mediante su consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala (BANESTO, en la cuenta de este expediente 3107), debiendo acreditar el pago de dicho depósito con el escrito preparando el recurso de casación, de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional 15ª apartados 1 , 3 y 6 añadida a la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2009 y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otro al rollo de apelación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.