



Roj: **SAP A 3424/2014 - ECLI:ES:APA:2014:3424**

Id Cendoj: **03065370092014100507**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Elche/Elx**

Sección: **9**

Fecha: **05/11/2014**

Nº de Recurso: **57/2014**

Nº de Resolución: **515/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO PEREZ NEVOT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL ALICANTE

SECCION NOVENA

ELCHE

Rollo de apelación nº 57/14

Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche

Autos de Modificación de medidas 491/13

SENTENCIA Nº 515/14

Ilmos. Sres.

Presidente: D. José Manuel Valero Diez

Magistrado: D. Andrés Montalbán Avilés

Magistrado: D. José Antonio Pérez Nevot

En la Ciudad de Elche, a cinco de noviembre de dos mil catorce.

La Sección Novena de la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche, integrada por los Ilmos. Sres. expresados al margen, ha visto los autos de Modificación de medidas 491/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Elche, de los que conoce en grado de apelación en virtud del recurso entablado por la parte actora, D. Baldomero , habiendo intervenido en la alzada dicha parte, en su condición de recurrente, representada por el Procurador Sra Montenegro Sánchez y dirigida por el Letrado Sra. Castaño Mora, y como apelada la parte demandada, Dª Micaela , representada por el Procurador Sr. Lara Medina y dirigida por el Letrado Sr. Maciá Pareja.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Fallo recaído en primera instancia .

El día 27 de noviembre de 2013 se dictó sentencia en los autos arriba indicados cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Desestimar íntegramente la demanda presentada por el/la procurador/a don/doña Georgina Montenegro Sánchez, en nombre y representación de don Baldomero , contra doña Micaela , por lo que:

1º) No se modifican las medidas definitivas aprobadas por la Sentencia de 22 de enero de 2007 , dictada en los autos de divorcio.

2º) No se condena en costas a ninguna de las partes."

SEGUNDO.- Interposición del recurso de apelación .



Contra dicha sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación procesal de don Baldomero , solicitando su revocación por los motivos que se resumen a continuación:

1º Error en la valoración de la prueba. Ha quedado probado que la demandada ha tenido un nuevo hijo, fruto de su relación con su nueva pareja, que vive en Madrid, ciudad a la que trasladará su domicilio, ya que ha encontrado trabajo en la misma.

2º Mientras la madre permanece en Madrid los menores, de 7 y 11 años, están en Elche, lugar en el que se encuentran escolarizados y donde tienen todo su entorno familiar y social. Son los abuelos maternos quienes se están haciendo cargo de su cuidado.

3º La sentencia recurrida mantiene la vigencia de un convenio regulador que no se encuentra adecuado a la nueva situación. No explica, por otra parte, por qué se ha descartado un sistema de convivencia compartida. Si no se ha solicitado expresamente en la demanda, es porque carece de sentido instarlo para con la abuela materna.

4º Se ha infringido la Ley de Relaciones Familiares, cuya disposición transitoria primera contempla su entrada en vigor como hecho legitimador de la modificación de medidas.

5º No se ha probado por medio de ningún informe pericial que el interés de los menores justifique el mantenimiento de un régimen de convivencia individual a favor de la madre.

6º En caso de no aprobarse la modificación de medidas interesada por el actor lo que procedería sería una custodia compartida, con independencia de que ambas partes la consideren inconveniente debido a la distancia que va a existir entre los domicilios de ambos progenitores.

TERCERO.- Oposición al recurso de apelación .

Admitido a trámite el recurso interpuesto y conferido el traslado legal, la parte apelada presentó escrito solicitando la desestimación del recurso de apelación interpuesto por los siguientes motivos:

1º No es cierto que la demandada haya trasladado su domicilio a Madrid. El domicilio sigue manteniéndolo en la ciudad de Elche, en la AVENIDA000 nº NUM000 , NUM001 - NUM000 , lugar en el que convive con sus padres y sus tres hijos.

2º Cuestión distinta es que la Sra. Micaela , debido al incumplimiento reiterado del Sr. Baldomero de su obligación de pagar la pensión de alimentos, haya tenido que buscar trabajo en la villa de Madrid, a la que se desplaza durante la semana.

3º No parece que lo más conveniente *al favor filii* sea atribuir la custodia individual al padre, que durante todo este período de tiempo no ha solicitado ninguna ampliación del régimen de visitas.

4º El nacimiento de un nuevo hijo aconseja no separar a los hermanos.

5º Las alegaciones de que la Sra. Micaela se trasladará a Madrid pasada la baja maternal carecen de fundamento.

6º La entrada en vigor de la Ley valenciana de Relaciones Familiares carece de trascendencia, ya que el régimen de convivencia individual interesado en la demanda estaba ya contemplado por la regulación anterior a dicha normativa.

7º No tiene sentido plantear un posible régimen de convivencia compartida cuando ni siquiera ha sido interesado por el actor.

El Ministerio Fiscal presentó escrito de oposición al recurso de apelación con fecha de 16 de enero de 2014, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- Formación de rollo y designación de ponente .

Elevadas las actuaciones a este tribunal, se formó rollo nº 57/14, designándose ponente y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 13 de marzo de 2014 a las 14:00 horas.

QUINTO.- Práctica de prueba en segunda instancia .

Con fecha de 21 de marzo de 2014 se acordó la suspensión de la deliberación para practicar informe pericial psico-social y oír a los hijos menores, a través de los técnicos designados al efecto, con carácter previo a resolver.

Aportado el indicado dictamen a las actuaciones, se dio traslado del mismo a las partes y al Ministerio Fiscal para su valoración, evacuándose el trámite en la forma que consta en autos y señalándose para la deliberación, votación y fallo el día 30 de octubre de 2014 a las 10:00 horas.

**SEXTO.-** *Control de la actividad procedimental .*

En la tramitación de ambas instancias, en el presente proceso, se han observado las normas y formalidades legales, a excepción de algunos plazos procesales debido a la carga de trabajo que soporta este órgano.

VISTO, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José Antonio Pérez Nevot.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**PRIMERO.-** *Objeto del recurso de apelación interpuesto .*

La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda de modificación de medidas presentada por don Baldomero contra doña Micaela y mantiene las aprobadas en la sentencia de fecha 22 de enero de 2007 . Se pretende por el actor, en esencia, que se establezca un régimen de convivencia monoparental a su favor para con sus hijos Martin y Micaela , de 11 y 7 años de edad respectivamente; que se apruebe una pensión de alimentos a cargo de la Sra. Micaela de 500.- mensuales; y que se distribuya el pago de los gastos extraordinarios por mitad.

Contra la anterior resolución se alza el demandante solicitando su revocación por considerar erróneamente valorada la prueba practicada en el proceso e infringida la Ley de la Generalitat 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. En todo caso, un resumen más amplio de los motivos del recurso se contiene en el antecedente de hecho segundo de esta sentencia, al que nos remitimos en aras de la brevedad.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Sra. Micaela , parte demandada en la primera instancia, se oponen a la estimación del recurso de apelación y solicitan la confirmación de la resolución recurrida por sus propios fundamentos.

SEGUNDO.- *Revisión de la valoración de la prueba .*

No se comparte la valoración de la prueba realizada en la primera instancia.

Examinados en su conjunto todos los medios de prueba practicados resultan los siguientes hechos, de interés para decidir:

1º D. Baldomero y doña Micaela contrajeron matrimonio con fecha de 10 de marzo de 2001 (vid. certificación literal, doc. nº 3, f. 9).

2º De la anterior unión nacieron dos hijos, Martin (el NUM002 de 2001, f. 10) y Micaela (el NUM003 de 2005, f. 12).

3º El matrimonio quedó disuelto por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo recaída con fecha de 22 de enero de 2007 en el proceso especial nº 1555/2007 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche. Esta sentencia aprobó un régimen de custodia monoparental a favor de la madre.- Así se deduce del contenido del convenio regulador aportado como documento nº 8 de la demanda (f. 18).

4º Con fecha de 20 de Martin de 2010 se dictó sentencia de modificación de medidas de mutuo acuerdo en virtud de la cual se reducía interinamente la pensión de alimentos pactada entre los progenitores a la suma de 150.- al mes por cada uno de los hijos (300.- en total) hasta tanto el Sr. Baldomero encontrara un empleo, momento en que se elevaría a 175.- mensuales por hijo (350.- en total).- Este hecho no ha sido controvertido y resulta de la copia de la sentencia obrante en las actuaciones (f. 19).

5º En el mes de diciembre de 2011 doña Micaela trasladó su lugar de trabajo, a petición propia, de la ciudad de Elche, donde venía desempeñándolo, a la villa de Madrid.- Este hecho se admite en el apartado cuarto del escrito de contestación a la demanda (f. 40) y no ha quedado desvirtuado por el resto de la prueba practicada.

6º Con ocasión del traslado de centro de trabajo, la Sra. Micaela pasó a fijar su residencia junto con su actual pareja durante los días laborales, permaneciendo sus hijos menores en el mismo domicilio en que vivían, pero atendidos por sus abuelos paternos.- Sobre esta cuestión no existe controversia.

7º Fruto de su actual relación, la Sra. Micaela tuvo un nuevo hijo el día NUM004 de 2013. Consta empadronado en la ciudad de Elche junto a sus otros dos hermanos, abuelos maternos y tía (doc. nº 5, f. 132).

8º Durante el período de tiempo en que la demandada se ha encontrado de baja como consecuencia de su embarazo y ulterior parto ha estado residiendo en Elche junto con sus hijos, teniendo intención de volver a Madrid cuando se reincorpore a su puesto de trabajo.- Este hecho ha sido reconocido por la Sra. Micaela en el acto del juicio (min. 3:33 y ss. de la grabación).



9º En el transcurso de la tramitación del presente recurso de apelación, estando las actuaciones pendientes de practicar la prueba acordada de oficio por esta Sala, la Sra. Micaela ha solicitado una recolocación temporal en el centro de trabajo Gran Alacant que MERCADONA posee en la localidad de Santa Pola. El período de recolocación pactado es el comprendido entre los días 2 de junio y 30 de septiembre de 2014.- Este hecho se deduce del documento aportado por la representación procesal de la apelada con su escrito de 25 de junio de 2014, unido al presente rollo.

De los hechos que acabamos de exponer se desprende que no resulta acertada la conclusión a que llega la Magistrada de primera instancia cuando afirma que no concurren los dos hechos fundamentales en que basa el actor su modificación: la residencia de la madre en Madrid y el cuidado de los menores por la abuela materna. La resolución recurrida se apoya en una cuestión puramente formal y en otra de carácter meramente temporal. La primera, en el hecho de constar empadronada la Sra. Micaela en la ciudad de Elche. La segunda, en el dato de encontrarse residiendo en dicha ciudad en el momento de celebrarse el juicio. Sin embargo, esta argumentación pasa por alto otras razones de fondo que encuentran acomodo en los medios de prueba practicados, según han sido valorados en los apartados anteriores: frente a la residencia administrativa de la demandada hay que decir que ella misma ha reconocido que vive en Madrid de lunes a viernes, por lo que pasa más tiempo en esta ciudad que en Elche; frente al dato relativo a la convivencia de la demandada junto con sus hijos durante el período de baja maternal hay que oponer su intención, expresamente declarada, de retornar a Madrid para reincorporarse a su puesto de trabajo. Y parece bastante evidente que lo hará, pues no tiene otra fuente de ingresos y es en esta última ciudad donde reside el padre de su último hijo. Además, la solicitud de recolocación efectuada a la empresa MERCADONA no ha sido definitiva, sino meramente temporal. Siendo así, el tercer argumento que sirve de apoyo a la sentencia apelada, el que pretende no separar a los hermanos (art. 92.5 CC), queda enormemente debilitado, ya que no parece razonable que la Sra. Micaela regrese a Madrid sin llevar consigo a su hijo recién nacido. Si lo hace y deja a los otros dos menores en la ciudad de Elche no se conseguirá el efecto pretendido por la resolución de primera instancia.

Concurren, por tanto, los requisitos necesarios para que prospere una pretensión de modificación de medidas:

1º En el momento en que se dictó la sentencia de divorcio, que es la resolución que estableció el régimen de guarda y custodia a favor de la madre, la Sra. Micaela tenía su domicilio permanente en Elche, ciudad en la que trabajaba.

2º En diciembre de 2011 la demandada decidió voluntariamente solicitar a su empresa el traslado a otro centro de trabajo sito en Madrid. Contrariamente a lo sostenido en la contestación a la demanda, no ha quedado probado que esta situación haya venido motivada por los impagos de pensiones del Sr. Baldomero :

a) La demandada tiene una nueva pareja en Madrid.

b) No se trata de una relación esporádica: existe cohabitación y un hijo en común. Además, en la contestación se reconoce que la relación se inició hace más de dos años.

c) El cambio no ha venido motivado por un ascenso laboral: en las nóminas correspondientes al período en que la Sra. Micaela trabajaba en Elche (docs. nº 9 a 11, f. 70 a 72) y en la que se ha aportado del centro sito en Madrid (doc. nº 23, f. 89) consta la misma categoría profesional ("gerente A") y grupo de cotización ("05").

d) No se ha probado cumplidamente que las retribuciones medias que normalmente percibe la demandada sean notablemente superiores a las que obtenía en Elche, ya que sólo se ha aportado una única nómina de su actual centro de trabajo en la que se aprecian una serie de retribuciones variables (trabajo en horas nocturnas, por ejemplo) que son las que realmente elevan los ingresos netos. En cambio, la diferencia entre el sueldo base y el complemento por puesto de trabajo de uno y otro empleo es bastante exigua (vid. docs. 9 y 23, f. 70 y 89).

En las circunstancias expuestas parece más creíble concluir que el cambio de domicilio laboral ha venido motivado más por razones personales que por cuestiones económicas.

3º Como consecuencia de la decisión adoptada por la Sra. Micaela , sus hijos se ha visto privados de su presencia durante cinco días a la semana, quedando atendidos por sus abuelos paternos.

4º El cambio de centro de trabajo es permanente, ya que la demandada no ha manifestado intención de solicitar un nuevo cambio a Elche con carácter permanente. Antes al contrario, en el acto del juicio ha expresado su voluntad de reincorporarse a su puesto en Madrid cuando finalice la baja por maternidad. La recolocación laboral pactada con fecha de 15 de mayo de 2014 es de carácter meramente interino y, a fecha de dictarse esta sentencia, ya ha expirado.

5º La alteración de las circunstancias no es meramente tangencial o accesorio, sino sustancial, ya que el progenitor que venía haciéndose cargo de los hijos no puede cumplir con uno de los deberes inherentes a la guarda y custodia, cual es el de tener a los menores en su compañía (arts. 158.1 º y 159 CC). No se puede



decir que se esté cumpliendo con este deber por el hecho de verlos los fines de semana, pues éste es el mismo contacto que mantiene con sus hijos el progenitor no custodio. Lo que está ocurriendo es que, *de facto*, son los abuelos quienes están ejerciendo un derecho-deber que es más propio de la patria potestad (art. 158 CC).

Por todo ello, procede acceder a la modificación de medidas interesada en la forma que analizaremos en el fundamento siguiente.

TERCERO.- Determinación del régimen convivencial más beneficioso para los menores .

A la hora de determinar el régimen de convivencia más beneficioso para los menores debemos recordar, como ya hicimos en nuestra sentencia nº 486/2013, de 26 de septiembre (rollo nº 432/2013), que *"en esta materia, como en cualesquiera otras en las que se encuentra comprometido el interés de un menor de edad, rige el principio del favor filii , que se encuentra previsto en la Constitución en la medida en que establece que "los poderes públicos aseguran (...) la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación" (art. 39.2 CE). Nuestra Carta Magna dispone igualmente que "los padres deben 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" (art. 39.3), así como que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos" . A este respecto, desde el plano internacional, conviene destacar el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990): "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" . Por lo que aquí interesa, el art. 9.3 de la Convención señala que "los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño". La legislación autonómica, como no podía ser de otra forma, tampoco ha permanecido ajena a este principio (art. 5.4 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana , de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; y art. 22 de la Ley 12/2008 , de 3 de Martín , de la Generalitat Valenciana, de protección integral de la infancia y la adolescencia de la Comunidad Valenciana)" .*

El anterior principio tiene una proyección que trasciende de lo puramente sustantivo, llegando a desenvolver sus efectos en el plano procesal. Así, el art. 752 LEC atenúa la rigidez que normalmente introducen los principios dispositivo y de aportación de parte en los procesos civiles y dispone que *"los procesos a que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento"* . De esta manera, el hecho de que el apelante haya introducido en el debate procesal de la segunda instancia la posibilidad de adoptar un régimen de convivencia compartida por tratarse de la regla general prevista en el art. 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat , de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (LRFCV), no debe constituir impedimento alguno al análisis de esta cuestión como una hipótesis posible. Es cierto que el Sr. Baldomero no la termina de postular con claridad y nitidez por considerarla una opción de convivencia difícilmente conciliable con la distancia que va a existir entre los domicilios de ambos progenitores, pero debemos detenernos en su estudio.

Esta Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Alicante se ha pronunciado ya en repetidas ocasiones sobre los beneficios que comporta el régimen de convivencia compartida previsto en el art. 5 LRFCV. No es preciso volver a reiterarlos, sino remitirnos directamente a tales antecedentes (por todas, sentencia nº 197/2013, de 16 de abril (rollo nº 1121/2012 ; Pte. Ilmo. Sr. Ballesta Bernal). Sólo añadir que la doctrina que se ha venido manteniendo por esta Sala ha quedado reforzada por la sentada en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala Civil y Penal) nº 9/2013, de 6 de septiembre (rec. nº 2/2013 ; Pte. Ilmo. Sr. Climent Barberá), cuyo fallo, en el punto 4º, señala lo siguiente: *"declaramos como doctrina de esta Sala respecto del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto"* . Y previamente, en el apartado 3º, se indica que *"declaramos como doctrina de esta Sala en punto a la interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que la entrada en vigor de la nueva regulación legislativa autonómica constituye circunstancia que altera por sí misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas, en tanto en cuanto que el régimen jurídico aplicable de la dicha Ley resulte distinto al que regía en el momento de la adopción de las medidas definitivas, y por tanto permite la revisión de las medidas definitivas adoptadas con arreglo al nuevo régimen legal, en cada caso concreto y por vía de la modificación de medidas definitivas"* .



Es decir, se instaure una presunción legal *iuris tantum* de que el régimen más beneficioso para un menor es el de convivencia compartida, que deberá ser el acordado por los Tribunales salvo que los medios de prueba practicados en el proceso lo desmientan como tal (en este sentido, la sentencia, de esta Sección 9ª, nº 410/2013, de 12 de Martín; rollo nº 356/2013).

El art. 5.3 LRFV señala los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer el régimen de convivencia. Los analizaremos por separado:

a) La edad de los hijos e hijas. En los casos de menores lactantes, se podrá establecer un régimen de convivencia provisional, de menor extensión, acorde con las necesidades del niño o de la niña, que deberá ser progresivamente ampliado a instancia de cualquiera de los progenitores.

Los menores tienen en la actualidad trece y nueve años (docs. nº 4 y 5, f. 10 y 12).

b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieran la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años.

Al no tener ser preceptiva la audiencia de los menores durante la sustanciación de la primera instancia, no se les ha escuchado. Sí que se ha cumplido con este trámite en esta alzada, si bien se ha dispuesto recabar la opinión de los hijos a través de una psicóloga con la finalidad de evitar la tensión y perjuicios que se podría derivar de su incomparecencia ante una Sala de Justicia.

Del dictamen pericial obrante en el rollo de apelación se desprende que Martín es conocedor de la mala relación de sus padres, manifestando no importarle un cambio de residencia de Elche a Madrid porque "a su padre lo seguiría viendo igual" y porque tiene facilidad para "hacer amigos". Tiene una buena percepción del estilo educativo de su padre y de su madre, si bien en la educación de ésta constata "*cierto perfeccionismo hostil (refuerzos negativos: recriminar y censurar)*". Por lo que respecta a Micaela, cursa 3º de primaria en el CEIP Baix Vinalopó de Elche, señalando que "*le gusta ir al colegio y se lleva bien con sus compañeros*". Cuando está en casa de su madre manifiesta que "está también con su abuela, con la tía, con el abuelo, con Martín" y con Aquilino. Cuando está en casa de su padre, "está con la "yaya", con su prima y con Martín". La perito emisora del informe, Sra. Ángela, constata en la menor "*insatisfacción con el ambiente familiar a nivel alto (con el clima familiar y la relación de los padres entre sí), en insatisfacción con los hermanos (cierto nivel de celos, molestias, conflictos parentales)*".

c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor.

La Sra. Micaela se ha venido dedicando a la crianza y educación de los menores desde la ruptura matrimonial hasta diciembre de 2011, fecha en la que trasladó su residencia a Madrid durante los días laborales. No consta en el proceso que ninguno de los progenitores esté incapacitado para hacerse cargo de sus hijos. De hecho, en el informe pericial obrante en autos se constata que el padre y la madre tienen estilos educativos similares (sobreprotector-asertivo) y que "*existe una adecuada eficacia parental percibida por parte de las figuras parentales*". Aunque en el informe se reseñan incumplimientos del régimen de visitas por parte del padre, no se desvelan como injustificados, sino debidos al horario laboral del Sr. Baldomero: "*el régimen de visitas acordado se ha cumplido siempre por parte de los progenitores (aunque el padre tiene la visita intersemanal del miércoles no la disfruta adecuadamente, por dificultades de su horario laboral)*".

d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.

Del informe psicológico emitido por Doña. Ángela no se desprende la existencia de ningún tipo de riesgo para los menores derivados de la adopción de un régimen de convivencia compartida. De hecho, éste fue uno de los puntos que constituían objeto específico del dictamen solicitado por esta Sala, sin que la perito haya hecho mención específica al mismo. Aunque la Sra. Ángela termina concluyendo que lo más recomendable para los menores es dar continuidad al estilo de vida que han venido manteniendo, no ha concretado qué tipo de perjuicios se podrían seguir de dar un mayor papel al Sr. Baldomero en la custodia de sus hijos.

e) Los supuestos de especial arraigo social, escolar o familiar de los hijos e hijas menores.

Los menores han vivido siempre en la ciudad de Elche, en la que se encuentran escolarizados.

f) Las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores.

En este punto quien más dificultades de conciliación presenta es la madre, cuyo puesto de trabajo permanente se encuentra en Madrid por decisión propia, salvo que logre retornar a Elche u otra localidad cercana. El Sr. Baldomero trabaja actualmente en el sector del calzado con un horario de 10:00 a 14:00 horas y de 17:00 a 20:30 horas (así se indica en el informe pericial), pero cuenta, al igual que la Sra. Micaela, con soporte familiar para atender a los menores en las franjas horarias en que él no tenga disposición para hacerlo.



g) La disponibilidad de cada uno de ellos para mantener un trato directo con cada hijo o hija menor de edad.

Ambos progenitores tienen disponibilidad para mantener un trato directo con sus hijos, si bien la Sra. Micaela podrá ver mermada la misma en el caso de que tenga que retornar a su residencia de Madrid tras ver agotada la recolocación temporal pactada con MERCADONA.

h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos.

En este apartado procede indicar que a fecha del dictado de esta sentencia los dos cónyuges se encuentran residiendo en Elche, pues no consta que la demandada se haya reincorporado aún a su puesto de trabajo en Madrid.

Por otra parte, en lo que se refiere a las alegaciones realizadas en la contestación a la demanda relativas al consumo de cannabis y alcohol por parte del padre en presencia de los menores, señalar no han quedado probadas en el proceso. Tampoco existen indicios suficientes para presumir un uso fraudulento del proceso por parte del actor, a quien se acusa de pretender exonerarse del pago de las pensiones de alimentos por la vía de instar una modificación del régimen de guarda y custodia:

- La modificación de medidas acordada de mutuo acuerdo en el año 2010 vino motivada por el hecho de encontrarse el actor en situación de desempleo (f. 18).

- En la demanda de ejecución presentada por la Sra. Micaela para obtener el cobro de la deuda de alimentos se reconoce la existencia de varios pagos parciales por importes de entre 300 y 100.-. Si bien estos pagos no cubren el importe total de la pensión, no evidencian una inhibición radical por parte del Sr. Baldomero en el cumplimiento de sus obligaciones económicas.

- La petición de modificación de medidas viene avalada por un hecho importante que afecta directamente al interés de los menores, cual es la falta de convivencia con su madre durante los días laborales.

- Ha sido la propia demandada quien con su conducta ha provocado la situación que debemos ahora dirimir.

Teniendo en cuenta todo lo dicho, la cuestión ante la que se enfrenta esta Sala consiste, en esencia, en determinar si es más beneficioso para los menores vivir de ordinario con su padre o mantener el régimen convivencial vigente, que los aboca a vivir con sus abuelos maternos durante la semana. Consideramos que el régimen más adecuado es el siguiente:

1º Dado que en la actualidad la Sra. Micaela se encuentra residiendo en Elche y disfruta de una recolocación laboral temporal, debemos abogar por el régimen de convivencia compartida que rige en la Comunidad Valenciana como regla general. No se ha practicado ningún medio de prueba del cual quepa inferir algún tipo de perjuicio para los menores como consecuencia de la adopción de este régimen. De esta forma, cada uno de los progenitores tendrá consigo a sus hijos durante semanas alternas en la forma que se detallará en el fallo de esta sentencia. Los períodos de vacaciones escolares se distribuirán por mitad.

2º A partir del momento en que la demandada se reincorpore a su puesto de trabajo en Madrid, quedará sustituido el régimen de convivencia compartida por un régimen de custodia monoparental a favor del padre. Consideramos que lo más beneficioso para los menores es que continúen viviendo en Elche, ciudad en la que han venido residiendo durante toda la vida, en la que se encuentran escolarizados y en la que tienen su núcleo familiar (padre y abuelos) y de amistades. Ante la tesitura de mantener la convivencia de los menores con sus abuelos maternos o de alterar esta situación para que se haga cargo de la misma su padre, consideramos que ha de ser este último, como titular de la patria potestad, quien debe tomar las riendas de la situación (art. 158 CC). Es también lo que más beneficia a los hijos, ya que el contacto diario con el padre podrá enriquecer y fortalecer los lazos y vínculos paternofiliales.

Contrariamente a lo interesado en la demanda, juzgamos conveniente establecer un régimen de visitas a favor de la madre durante los fines de semana alternos, entre las 20:30 horas del viernes y las 17:00 horas del domingo. Las visitas se desarrollarán en la ciudad de Elche, evitando de este modo desplazamientos a los menores que trastornen su descanso.

Por lo que respecta a las vacaciones escolares, se distribuirán por mitad eligiendo el padre los años impares y la madre los años pares.

3º En caso de que la madre opte finalmente por no reincorporarse a su puesto de trabajo en Madrid o en el supuesto de que vuelva a residir con carácter de permanencia en la ciudad de Elche, se seguirá el régimen de convivencia compartida.

Aunque es cierto que las llamadas "sentencias condicionadas" no son admisibles con carácter general en nuestro ordenamiento procesal (por todas, SAP de Zaragoza nº 735/2010, de 26 de noviembre -rollo nº



622/2010-), esta Sección 9ª las ha admitido excepcionalmente en pleitos de Derecho de Familia (sentencia nº 495/2014, de 24 de octubre -rollo nº 140/2014-). En este supuesto consideramos que lo más beneficioso para las partes y, especialmente, para el interés de los hijos menores, es dar respuesta a una situación futura debido a su previsibilidad y en aras de salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), evitando innecesarios litigios que alargarían el conflicto convivencial.

CUARTO.- Gastos de atención a favor de los menores .

Por este concepto se reclaman por el Sr. Baldomero un total de 500.- mensuales, a razón de 250.- por cada uno de sus hijos.

El art. 7.1 LRFCV establece que *"en defecto de pacto de convivencia familiar, la autoridad judicial determinará, en función de los recursos económicos de que dispongan ambos progenitores, la cantidad que éstos deberán satisfacer en concepto de gastos ordinarios de atención a los hijos e hijas menores"*.

La prueba que se ha practicado en el proceso pone de manifiesto lo siguiente:

1º A fecha de 9 de abril de 2010, fecha de la firma del convenio regulador de la modificación de medidas sentenciada el día 20 de Martín de 2010, el Sr. Baldomero se encontraba en situación de desempleo, reconociendo unos ingresos de 420.- mensuales (f. 18). Aunque todo apunta a que en la actualidad se encuentra trabajando en el sector del calzado, no existen datos específicos sobre su nivel de ingresos.

2º El único dato que se tiene sobre los ingresos actuales de la Sra. Micaela es la nómina del mes de febrero de 2013, en la que percibió 1.864,57.- netos (f. 89). La demandada tiene que atender las cuotas mensuales de un préstamo hipotecario concertado con "La Caixa". En el mes de marzo de 2013 ascendían a 402,86.- (doc. nº 22, f. 88).

A efectos de determinar la contribución de los progenitores a los gastos de atención de los menores, debemos distinguir entre los dos tipos de régimen a que hemos hecho referencia en el fundamento anterior:

1º Mientras rija entre las partes el de convivencia compartida, se aplicarán las siguientes reglas:

a) Cada uno de los progenitores pagará directamente todos los gastos ordinarios de atención de los menores durante sus respectivos períodos de convivencia, con excepción de los gastos de educación (matrícula, libros, material escolar de inicio de curso, cuotas de A.P.A., donaciones o aportaciones voluntarias, seguro escolar, excursiones, transporte escolar y comedor) que satisfarán por mitad.

b) Los gastos extraordinarios de los hijos comunes se satisfarán por mitad por cada uno de los progenitores.

Para que uno de los progenitores pueda reclamar al otro la mitad que le corresponda deberá recabar previamente su consentimiento expreso o tácito, salvo que concurra razón de urgencia, que habrá de acreditarse en caso de discrepancia.

El procedimiento para obtener el consentimiento previo a la aprobación de un gasto extraordinario será el siguiente:

b.1 El progenitor que desee efectuar el gasto deberá informar al otro por escrito detallando el tipo de acto o actividad que motiva el dispendio y su coste.

b.2 Si el progenitor destinatario de la comunicación acepta el gasto deberá escribir de su puño y letra la palabra "CONFORME" y firmar a continuación. De esta forma, se considerará expresamente otorgado el consentimiento.

b.3 Si el progenitor destinatario de la comunicación no contesta al requerimiento fehaciente que le haga el otro en un plazo de cinco días contados desde la recepción, el consentimiento se entenderá otorgado tácitamente. Se considerará requerimiento fehaciente, entre otros, el verificado por medio de burofax con acuse de recibo. La comunicación se entenderá recibida por su destinatario si se niega a recepcionarla en el domicilio que designe a tales efectos.

b.4 La oposición a la asunción del coste de un gasto extraordinario deberá de formalizarse por medio de escrito comunicado fehacientemente al progenitor que realiza la propuesta dentro del indicado plazo de cinco días.

b.5 En los supuestos de oposición dentro de plazo el progenitor que ha efectuado la solicitud podrá optar por las siguientes posibilidades:

a) Asumir íntegramente el coste de la actividad, en cuyo caso se entenderá que renuncia a reclamar la mitad de su importe al otro progenitor.

b) Someter la discrepancia al órgano jurisdiccional competente con carácter previo a su realización.



c) Asumir provisionalmente el coste de la actividad en el caso de que exista un temor fundado de que el órgano jurisdiccional competente no podrá pronunciarse sobre la oportunidad del gasto antes del momento en que deba atenderse. A continuación deberá someterse la controversia al tribunal en un plazo máximo de cinco días contados desde la asunción del dispendio.

2º A partir del momento en que el Sr. Baldomero asuma la custodia de sus hijos en régimen individual, la Sra. Micaela tendrá que satisfacer una cantidad de 200.- mensuales por cada uno de ellos (400.- en total), que se actualizarán anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Consideramos que no ha lugar a imponer el pago de los 250.- al haber quedado probado que el actor actualmente trabaja.

Los gastos extraordinarios se satisfarán por mitad. No procede llevar a cabo una enumeración de los conceptos que comprenden este tipo de gastos, como se pretende en la demanda, por ser imposible prever todas las situaciones en las que habrá de haberse un desembolso de este tipo. Es por ello que deberán satisfacerse en la misma forma que hemos indicado para el régimen de convivencia compartida.

QUINTO.- Costas de la apelación .

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 LEC).

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el Pueblo Español.

FALLAMOS:

1º Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Baldomero contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2013 recaída en el proceso especial de modificación de medidas número 491 de 2013 seguido ante el Juzgado Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche , **debemos revocar y REVOCAMOS PARCIALMENTE** dicha resolución en el sentido que diremos en el apartado 2º de este fallo, sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costa de esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir.

2º Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don Baldomero contra doña Micaela , **debemos declarar y DECLARAMOS** haber lugar a la modificación de las medidas definitivas aprobadas en la sentencia de divorcio de fecha 22 de enero de 2007 recaída en el proceso especial número 1555/2007 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche , así como de las adoptadas en la sentencia nº 534/2010, de 20 de Martin , dictada por ese mismo Juzgado en el proceso de modificación de medidas número 174/2010, en la medida en que resulten contradictorias con las siguientes:

PRIMERA.- Régimen de convivencia de los hijos menores con sus progenitores.

A) *Régimen de convivencia mientras doña Micaela mantenga su residencia permanente en la ciudad de Elche .*

a.1) Mientras la Sra. Micaela tenga su residencia real y permanente en la ciudad de Elche, de manera que pueda convivir todos los días laborables de la semana con sus hijos Martin y Estibaliz , regirá un régimen de convivencia compartida con don Baldomero .

a.2) Tal régimen se desarrollará por semanas alternas, debiendo entregarse y recogerse a los menores en el domicilio en que se encuentren viviendo todos los domingos a las 19:00 horas. La recogida la verificará el progenitor que en cada momento inicie el período de convivencia.

a.3) El anterior régimen ordinario no regirá durante las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, en que se dividirá el período en dos mitades. La primera mitad corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los años impares. En el caso de que el número de días de vacaciones sea impar, el día de más corresponderá al progenitor que tenga consigo al menor durante el segundo período.

a.3) Durante las vacaciones escolares de verano los menores alternarán su convivencia con los progenitores por períodos de quince días. En los años pares corresponderá a la madre la primera quincena de Martin y la primera quincena de agosto, mientras que el padre tendrá consigo a su hijo en la segunda quincena de estos meses. Tanto el día 31 de Martin como el día 31 de agosto se considerarán comprendidos en la segunda quincena.

a.4) La entrega y recogida de los menores durante los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano se efectuará en el domicilio en que se encuentren residiendo en cada momento a las 19:00 horas. Corresponderá recoger a los menores al progenitor que vaya a iniciar el período de convivencia.



B) *Régimen de convivencia a aplicar cuando doña Micaela se reincorpore a su actual puesto de trabajo en la villa de Madrid .*

b.1) A partir del momento en que la Sra. Micaela se reincorpore a su puesto de trabajo en la villa de Madrid, el régimen de convivencia compartida se tornará en un régimen de custodia monoparental a favor de don Baldomero .

b.2) Durante el transcurso del régimen de custodia monoparental, Dña. Micaela podrá visitar a sus hijos y tenerlos en su compañía todos los fines de semana alternos entre las 20:30 horas del viernes y las 17:00 horas del domingo.

b.3) La entrega y recogida de los menores se efectuará por la madre en el domicilio paterno.

b.4) Durante los períodos de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano se aplicará la regla a.2) con la particularidad de que la entrega y recogida de los menores se hará por la madre en el domicilio paterno.

b.5) La madre podrá comunicar telefónicamente con sus hijos todos los días en horas que no perturben su descanso, debiendo facilitar el Sr. Baldomero tal contacto.

SEGUNDA.- Gastos de atención a favor de los menores.

A) *Durante el régimen de convivencia compartida .*

a.1) Cada uno de los progenitores pagará directamente todos los gastos ordinarios de atención de los menores durante sus respectivos períodos de convivencia, con excepción de los gastos de educación (matrícula, libros, material escolar de inicio de curso, cuotas de A.P.A., donaciones o aportaciones voluntarias, seguro escolar, excursiones, transporte escolar y comedor), que satisfarán por mitad.

a.2) Los gastos extraordinarios de los hijos comunes se satisfarán por mitad por cada uno de los progenitores.

Para que uno de los progenitores pueda reclamar al otro la mitad que le corresponda deberá recabar previamente su consentimiento expreso o tácito, salvo que concurra razón de urgencia, que habrá de acreditarse en caso de discrepancia.

El procedimiento para obtener el consentimiento previo a la aprobación de un gasto extraordinario será el siguiente:

a.2.1) El progenitor que desee efectuar el gasto deberá informar al otro por escrito detallando el tipo de acto o actividad que motiva el dispendio y su coste.

a.2.2) Si el progenitor destinatario de la comunicación acepta el gasto deberá escribir de su puño y letra la palabra "CONFORME" y firmar a continuación. De esta forma, se considerará expresamente otorgado el consentimiento.

a.2.3) Si el progenitor destinatario de la comunicación no contesta al requerimiento fehaciente que le haga el otro en un plazo de cinco días contados desde la recepción, el consentimiento se entenderá otorgado tácitamente. Se considerará requerimiento fehaciente, entre otros, el verificado por medio de burofax con acuse de recibo. La comunicación se entenderá recibida por su destinatario si se niega a recibirla en el domicilio que designe a tales efectos.

a.2.4) La oposición a la asunción del coste de un gasto extraordinario deberá de formalizarse por medio de escrito comunicado fehacientemente al progenitor que realiza la propuesta dentro del indicado plazo de cinco días.

a.2.5) En los supuestos de oposición dentro de plazo el progenitor que ha efectuado la solicitud podrá optar por las siguientes posibilidades:

a.2.5.1) Asumir íntegramente el coste de la actividad, en cuyo caso se entenderá que renuncia a reclamar la mitad de su importe al otro progenitor.

a.2.5.2) Someter la discrepancia al órgano jurisdiccional competente con carácter previo a su realización.

a.2.5.3) Asumir provisionalmente el coste de la actividad en el caso de que exista un temor fundado de que el órgano jurisdiccional competente no podrá pronunciarse sobre la oportunidad del gasto antes del momento en que deba atenderse. A continuación deberá someterse la controversia al tribunal en un plazo máximo de cinco días contados desde la asunción del dispendio.

B) *Durante el régimen de custodia monoparental establecido a favor del padre .*

b.1) Dña. Micaela deberá satisfacer a don Baldomero , en concepto de pensión ordinaria de alimentos para sus hijos Martín y Estibaliz , la suma total de CUATROCIENTOS EUROS (400.-) mensuales que se actualizarán



cada 1 de enero en función de las variaciones experimentadas durante la anualidad anterior por el Índice de Precios al Consumo (IPC) publicado por el Instituto Nacional de Estadística (INE) u organismo que lo sustituya.

b.2) La anterior cantidad se satisfará por medio de ingreso en la cuenta bancaria que don Baldomero designe al Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Elche por medio de escrito presentado en un plazo de CINCO DÍAS posteriores a la notificación de la presente sentencia.

b.3) Los gastos extraordinarios derivados del cumplimiento de la obligación legal de alimentos a los hijos menores se satisfarán en la forma expuesta en el subapartado a.2) del apartado A) de la medida SEGUNDA.

Notifíquese esta sentencia en legal forma a las partes personadas 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.

Hágase saber a las partes que esta sentencia no es firme y que contra la misma, cabe *recurso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación* en los casos previstos en los arts. 468 y ss. y en la Disposición Final 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil que deberán ser interpuestos por medio de escrito dirigido a esta Sala en un plazo de VEINTE DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación para ser resueltos por la Sala Primera del Tribunal Supremo o el órgano competente, en su caso.

Junto con el escrito de interposición de los recursos antedichos deberán aportarse, caso de ser procedente, los siguientes documentos, sin los cuales no se admitirán a trámite:

1º Justificante de ingreso de depósito por importe de CINCUENTA EUROS (50.-) en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" de este Tribunal nº 3575 indicando el "concepto 04" para el recurso extraordinario por infracción procesal y el "concepto 06" para el recurso de casación.

2º El modelo 696 de autoliquidación de la tasa por el ejercicio de la jurisdicción prevista en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, y normativa que la desarrolla.

Así, por esta nuestra sentencia definitiva que, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior resolución ha sido leída y publicada en el día de su fecha por el Ilmo Sr. Ponente, estando la Sala reunida en Audiencia Pública, doy fé.