

## **AL JUZGADO**

**DOÑA MARIA**, procuradora de los Tribunales y de **DON FERNANDO**, según designación “apud acta”, que se formalizará oportunamente ante la secretaria de este Juzgado cuando para ello sea requerido, ante el Juzgado que de reparto corresponda, comparezco y como mejor en derecho proceda, **DIGO**:

Que en la indicada representación que acredito insto **Demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio** de la Sentencia de fecha de del 2011 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. XXX en los Autos de procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo núm.XXX/10, en base a los Hechos y Fundamentos de Derecho que a continuación se detallan:

La parte actora es **Don Fernando**, provisto de D.N.I. núm. XXX y con domicilio en XXX . Está asistido por el Abogado XXX colegiada del ICAB núm XXX y representada por el procurador que suscribe.

La parte demandada **Doña Marta**, provista de D.N.I. núm. XXX y con domicilio en XXXX y domicilio profesional en XXX

Demanda que baso en los siguientes,

### **HECHOS**

**PRIMERO**.- Mi mandante y Doña Marta contrajeron matrimonio canónico en XXXX, inscrito en el Registro Civil de XX al TomoXXX, página XX.

Adjunto acompaño certificado de matrimonio acreditativo del mismo como **Documento núm. 1.**

**SEGUNDO.**- De dicho matrimonio nacieron y viven 4 hijos:

- XXX, nacido el XXX, tiene en la actualidad XXX años.
- XXX, nacida el XXX, tiene en la actualidad XXX años.
- XXX nacida el XXX, tiene en la actualidad XXX años.
- XXX, nacida el XXX, tiene en la actualidad XXX años.

Adjunto se acompañan las correspondientes certificaciones de nacimiento de **Documentos núm. 2 a 5.**

**TERCERO.- Antecedentes.-**

Ambas parte se encuentran divorciados en virtud de la Sentencia de fecha XX del 2011 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. xx de los de XXX en los Autos de divorcio de mutuo acuerdo núm. XXX/10.

Adjunto se acompaña copia de la resolución referenciada de **Documento núm. 6.**

Dicha resolución homologó el convenio suscrito por los entonces esposos de fecha XXX del 2010 que entre otras medidas establece:

“ ESTIPULACIONES,

**SEGUNDA.- GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.-**

Ambos progenitores seguirán ejerciendo de forma conjunta la patria potestad de sus hijos menores, , quedando éstas bajo la guarda y custodia de la madre, con quien conviven.

Su hijo XX, de 18 años, continuará viviendo con la madre y hermanas en el domicilio familiar. A pesar de su mayoría de edad depende económicamente de sus progenitores.”

Estableciéndose un régimen de visitas a favor del esposo casi equiparable a una guarda y custodia compartida, como es de ver de la ESTIPULACIÓN Tercera, en la que además de los fines de semana alternos se establecen dos tardes inter-semanales. Que la praxis habitual entre los progenitores y los menores se ha convertido en un día inter-semanal con pernocta. Fijándose como pensión de alimentos a favor de los menores a administrar por la Sra. XXX, transcribimos literalmente:

**“QUINTA .- PENSIÓN DE ALIMENTOS.-**

Ambos cónyuges declaran que, aunque el mayor de sus hijos, Jaime, ha alcanzado en el presente año la mayoría de edad, el mismo continúa con sus estudios, convive con su madre, y continuará dependiendo económicamente de ambos progenitores.

El padre contribuirá, en concepto de alimentos para los cuatro hijos, en la cantidad de OCHOCIENTOS CINCUENTA EUROS MENSUALES (850.-€/mes) para cada uno de los hijos, lo que hace un total de TRES MIL CUATROCIENTOS EUROS MENSUALES (3.400.-€/mes) que deberá ingresar el padre a la madre por meses adelantados dentro de los cinco primeros días del mes en la cuenta bancaria designada por la esposa. Dicha cantidad será actualizada anualmente en aplicación del índice de Precios al Consumo por el Instituto Nacional de Estadística (u organismo que lo sustituya) procediendo la primera revisión con efectos el 1 de septiembre de 2011.

Gastos extraordinarios. No está incluidos en la pensión de alimentos los siguientes gastos de los hijos, que se consideran gastos extraordinarios: los libros, y el material escolar de principio de curso; uniformes, baby y ropa de deporte del colegio y de actividades extraescolares; campamentos, viajes, cursos en el extranjero, gastos médicos no habituales, tratamientos dentales, tratamientos oftalmológicos,...etc.; así como todos los que no sean habituales.

Todos los gastos extraordinarios de los hijos serán abonados por ambos progenitores al cincuenta por ciento.

Si en un futuro, los hijos cambiaran de centro educativo donde cursen sus estudios, y fueran inscritos en un centro o universidad (público/a o privado/a), de coste superior al actual, la diferencia de precio será sufragada por ambos cónyuges al cincuenta por ciento. De tal forma, la pensión de alimentos que debe pagar el padre en cada momento, se verá incrementado en dicho coste (en el 50% de la diferencia de precio).

Igualmente si los hijos cambiaran de ciclo educativo y se produce un incremento de precio en los gastos de enseñanza, la diferencia será sufragada por ambos cónyuges al cincuenta por ciento. De tal forma, la pensión de alimentos que debe pagar el padre en cada momento, se verá incrementada en el cincuenta por ciento de la diferencia del precio existente entre el precio del curso del nuevo ciclo y el inmediatamente pasado.

El esposo se obliga a mantener a sus cuatro hijos como beneficiarios del seguro sanitario privado en las mismas condiciones que vienen disfrutando hasta la actualidad, mientras las condiciones profesionales/económicas del esposo lo permitan.

Los gastos extraordinarios correspondientes a tratamientos médico sanitarios de los hijos de cualquier tipo: dentales, oftalmológicos, etc. Serán sufragados en primer término con cargo al seguro médico privado que debe mantener el esposo, y el importe que exceda del mismo y no sea cubierto por dicho seguro, será sufragado por ambos progenitores al cincuenta por ciento.

Ambos progenitores se obligan a mantener a sus hijos incluidos en sus respectivas cartillas de la seguridad social.”

Por todos estos conceptos el esposo esta abonando actualmente la cantidad de **tres mil cuatrocientos euros (3.400.- €) mensuales.**

**CUARTO.- Status socio-económico familiar al tiempo de la suscripción del convenio y situación económica actual:**

**Al tiempo de la suscripción de dicho convenio** de divorcio la situación económica de los esposos eran las siguientes:

El Sr. XX trabajaba en la empresa XXX. como XXX su sueldo mensual neto oscilaba entre los 6.000.-€ y 8000.-€ por catorce pagas anuales más bonus.

Adjunto se acompaña tres nóminas del 2010 y una del 2011 acreditativas de lo expuesto; así como sus declaraciones de la Renta de las personas físicas correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010, como **Documentos núm. 7 a 12.**

Mi mandante no podía ejercer la guarda y custodia compartida de sus hijos si antes no se procedía a la disolución de la sociedad de gananciales:

- Habida cuenta la distancia de la vivienda “temporalmente alquilada” por el Sr. XX, con la ubicación del colegio de los menores.
- La incompatibilidad de los horarios de mi mandante con los de sus hijos, debido a sus constantes viajes por razones laborales.

Ambas partes optaron por establecer la guarda de sus hijos a favor de la Sra. XXX reconociendo a favor de mi mandante un amplio régimen de visitas. Acuerdo que no se materializó hasta el XX del 2010 y que se recogió en la Estipulación SEPTIMA del convenio de constante referencia, no sólo la atribución del uso de la vivienda familiar si no también, la adjudicación a la Sra. XXX de la titularidad dominical de la misma.

Adjunto acompaño escritura de capitulaciones matrimoniales y de disolución de la sociedad de gananciales de **Documentos núm. 13 y 14.**

La Sra. XXX, en aquel entonces y ahora, es asesora externa de del , aunque su oficina se encuentra en las propias dependencias centrales de XXXX, calle XXX . La Sra. XXX facturaba y factura ahora como XXX bajo la modalidad de minuta de honorarios; el asesoramiento que presta y ha venido prestando para dichas entidades consta como si fuera un empleado externo de XXX. Ya que también asesora a otras entidades.

Desconociendo esta representación sus verdaderos ingresos al haberlos siempre mantenido fuera de la economía familiar pero que calculamos ascienden a unos 6000.-€ netos mensuales o más por doce pagas, tal y como se acreditará en el momento procesal oportuno, y es de ver de sus propios actos:

- Así, para indemnizar a su esposo por el exceso de adjudicación, le abonó 390.000.-€ suscribiendo una nueva hipoteca a 12 años por importe de 500.000.-€. Ignoramos si destinó 110.000.-€, a la cancelación del préstamo anterior otorgado por ella y el Sr. XX a favor de XXX Al no constar la inscripción de la cancelación, como es de ver de la hoja informativa del Registro de la Propiedad que adjunto se acompaña de **Documento núm. 15.**

- Tras la ratificación de dicho convenio y la disolución del régimen económico matrimonial la Sra. XXX reformó íntegramente la vivienda, invirtiendo más de 100.000.-€ en dicha reforma. Ello acredita su sobrada capacidad económica y el desajuste real existente en la regla de la proporcionalidad (art. 145 y ss. del Código Civil), que exige nuestro Ordenamiento Jurídico a la hora de establecer la colaboración de uno y otro cónyuge al sostenimiento de las necesidades de los hijos habidos en común; y que tal y como se encuentra recogido en la resolución, se pretende su modificación al recaer, dicha obligación, íntegramente sobre el padre.

**En la actualidad**, la situación económica de la demandada es exactamente idéntica a la tenida en cuenta al tiempo de la suscripción del convenio de divorcio de constante referencia, con la salvedad de que ahora factura sus honorarios a dichas entidades por su trabajo, a través de una sociedad de reciente constitución (**Documento núm. 16).**

Mi mandante el XX de 2011 fue despedido de la empresa en la que trabajaba, tal y como resulta de la carta de despido, notificándole la resolución de su contrato

laboral junto con el finiquito e indemnización por el despido referenciado, que adjunto se acompaña como **Documentos núm. 17 y 18.**

El Sr. XX se encuentra en la actualidad tramitando su subsidio de desempleo por el que percibirá 1300.-€ brutos mensuales. A pesar de los esfuerzos por intentar acceder a un nuevo empleo, con constantes entrevistas, su puesto y responsabilidad en empresas competidoras le está resultando imposible, al ser los ejecutivos de máximo rango los primeros en ser o recolocados en puestos de responsabilidad inferior o despedidos, como en el caso de mi mandante. Las ofertas de trabajo que le proponen son en puestos en el extranjero que no están siendo valoradas por mi representado ante la conflictiva convivencia que se está desarrollando entre sus hijos y su madre, por los motivos que se expondrán más adelante.

Mi representado se encuentra haciendo frente a un préstamo hipotecario que le supone una cuota de amortización mensual de 2.510,48-€, tras adquirir una vivienda donde poder acoger a sus cuatro hijos más cercana al domicilio conyugal. Y todo ello sin contar los gastos que posee mi mandante quien tiene constantemente a sus hijos a su cargo, a pesar de ostentar la guarda la demandada, que ascienden a:

- Electricidad 80€/mes
- Agua 800€/anuales prorrateado por 12 meses 66€/mes.
- Comunidad de vecinos o gastos de urbanización por importe de 460€/trimestrales, es decir 153,33€ mensuales.
- Gas 460€ mensuales los meses de invierno reduciéndose al 50% el resto de meses, por lo que estamos estableciendo una media de 200€ mes.

Además de hacer frente al mantenimiento de su coche que utiliza su hijo para acudir a la facultad, seguros, reparaciones, gasolina entre otros gastos como teléfonos móviles de los menores etc.

Adjunto se acompaña de **Documentos núm. 19 y 20** escritura de compraventa de su actual residencia y escritura de préstamo hipotecario unilateral.

Desde que suscribiera dicho convenio, mi poderdante ha cumplido bien y fielmente con el abono de la pensión de alimentos de sus hijos que ahora esta abonando contra sus ahorros y la indemnización percibida:

FECHA OPERACIÓN	FECHA VALOR	DESCRIPCIÓN	IMPORTE (€)
29-09-2010	29-09-2010	Transferencia de (PENSIÓN OCTUBRE)	-3.400,00
28-10-2010	28-10-2010	Transferencia de (PENSIÓN NOVIEMBRE10)	-3.400,00
29-11-2010	29-11-2010	Transferencia de (PENSIÓN DICIEMBRE)	-3.400,00
28-12-2010	28-12-2010	Transferencia de (PENSIÓN MES DE ENERO)	-3.400,00
28-01-2011	28-01-2011	Transferencia de (PENSIÓN FEBRERO)	-3.400,00
28-02-2011	28-02-2011	Transferencia de (PENSIÓN MARZO)	-3.400,00
29-03-2011	29-03-2011	Transferencia de (PENSIÓN MES ABRIL)	-3.400,00
28-04-2011	28-04-2011	Transferencia de (PENSIÓN MAYO)	-3.400,00
30-05-2011	30-05-2011	Transferencia de (PENSION JUNIO MENOS SS)	-3.200,00
28-06-2011	28-06-2011	Transferencia de (PENSIÓN JULIO)	-3.400,00
01-08-2011	01-08-2011	Transferencia de (PENSIÓN AGOSTO)	-3.400,00
30-08-2011	30-08-2011	Transferencia de (PENSIÓN SEPTIEMBRE)	-3.400,00
29-09-2011	29-09-2011	Transferencia de (PENSIÓN OCTUBRE)	-3.400,00
02-11-2011	02-11-2011	Transferencia de (PENSIÓN NOVIEMBRE)	-3.400,00

Pensión que podrá ser objeto de aumento, a tenor de los pactos recogidos en el convenio, resultando que la cantidad de la pensión de alimentos por todos los conceptos ascenderá a 3.762.-€ mensuales, tal y como le ha comunicado la Sra. XXX por mail al Sr.XX. (**Documento núm. 21**).

En consecuencia, es del todo punto insostenible seguir manteniendo el pago por mi mandante de la pensión de alimentos mensual en su día establecido, ante el evidente cambio de circunstancias de las que se tuvieron en cuenta al tiempo de dictarse la resolución y cuya modificación interesa a esta parte. Y más cuando dicha pensión alimentaria de los hijos habidos en común se cuantificó a tanto alzado, sin tener realmente en cuenta los verdaderos gastos, que ascendían a 21.648.-€ anuales, unos 1800.-€ mensuales, más ropa y alimentación por importe de 580.-€ mensuales.

**Los gastos actuales de los cuatro hijos habidos en común ascienden,**

<b>Gasto</b>	<b>Menor</b>	<b>Temporalidad</b>	<b>Importe 12 mensualidades</b>
<b>Universidad</b>		9 meses, importe anual: 408,64.-€	<b>34,05.-€</b>
<b>Escuela</b>		9 meses, importe anual: 8.451.-€	<b>704,25.-€</b>
<b>Fundación cultural Deportiva</b>		9 meses, importe total anual 1800.-€	<b>150.-€</b>
<b>Fundación</b>		9 meses, importe anual 1.242.-€	<b>103,50.-€</b>
<b>APA</b>		9 meses, importe anual 1.026.-€	<b>85,50.-€</b>
<b>Móviles Vodafon</b>		12 meses importe anual 1.440.-€	<b>120.-€</b>
<b>Mutua</b>		12 meses, importe anual 4.199.-€	<b>349,91.-€</b>

**Total mensual: 1.547,21.-€**

En consecuencia, los gastos reales de los menores ascienden anualmente a la cantidad de 18.566,52.-€, no repercutiéndose la cantidad correspondiente de los servicios del que fuera el domicilio conyugal, habida cuenta, que en la actualidad el régimen de visitas de los menores con su padre es mucho más amplio que el contemplado en la resolución en su día dictada. Al estar pernoctando los menores desde hace meses en casa del padre, en el caso de XXX casi cada fin de semana, y, las menores siempre que la madre decide quedarse sola en casa o tiene por conveniente vetarles la entrada en el que fuera el domicilio conyugal por tener compromisos sociales, cenas o reuniones con sus amistades o por decidir irse de viaje.

Tal situación no se circunscribe solo a días inter-semanales, sino a todos los puentes y fines de semana o periodos vacacionales que la Sra. XXX decide viajar con sus amistades sin tan siquiera contar con el Sr. XX decidiendo dejar a sus hijos solos en su casa. Por lo que, los hijos acaban acudiendo a su padre para que los asista y recoja. Actitud irresponsable de la madre ya que no se puede pedir que los hijos se cuiden unos a otros atendida su edad y su disparidad de necesidades lúdicas y personales.

Ponderándose un gasto suplementario en alimentación y ocio de aproximadamente 1.000.-€.

#### **QUINTO.- Medidas que interesa a esta parte sean adoptadas**

**Se atribuya la guarda y custodia de los tres hijos menores a Don Fernando, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores.**

**Se Justifica** dicha solicitud atendido:

- Que las menores se encuentran sin control por parte del progenitor custodio. Por sus horarios, la Sra. XXX , nunca llega antes de las diez de la noche a su casa y, son abundantes los fines de semana que cuando les corresponde a los hijos estar con su madre, las menores, se quedan solas con su hermano mayor , o fuera del domicilio teniendo que pedir a su padre que los recoja; al tener la madre previsto una cena o cualquier evento con los que no cuenta con ellos.
- Es la propia demandada quien prioriza sus compromisos sociales y laborales a los cuidados de las menores, que en plena adolescencia, aprovechan dicha situación para entrar y salir del domicilio del progenitor custodio a su entera conveniencia. Mientras que la menor de ellas, reclama una atención especial que no encuentra en su madre, viéndose obligada a suplir la ausencia de supervisión con profesores de repaso, por lo que en más de una ocasión le ha comentado a su padre que no entiende por qué no puede convivir con él al encontrarse más apoyada y adaptada a las normas establecidas en la residencia de su padre. Es más, la conflictiva relación entre las menores y su madre comporta un factor estresante en la menor que

reafirma aún más, si cabe, su voluntad de convivir con su padre, donde encuentra la estabilidad y la tranquilidad que necesita.

- En esta materia debe prevalecer el interés del menor, como establece la Declaración Universal de los derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención sobre derechos del Niño ratificada por la Asamblea de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, el Convenio Europeo de 1980 y el de la Haya del mismo año, elevado a principio universal del derecho y consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 del Código Civil) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico, orientador de las actuaciones judiciales que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 Constitución Española) y responde a la nueva configuración de la patria potestad (art. 154.2 CC), normativa vigente que arbitra fórmulas con qué garantizar o servir a aquel interés tales como:

- (i) La audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio y preceptivamente si alcanzaran los doce años (art. 92.2 CC) y más en el presente caso en que las tres menores tienen más de 12 años.
- (ii) O recabar el dictamen de especialistas (art. 92.5 CC) que puedan colaborar con el Juez en el más acertado discernimiento de las medidas.

Fórmulas que están ayudando a configurar en cada caso concreto, como en el presente supuesto, cuál es el interés de los menores y qué progenitor está más capacitado para el ejercicio de la misma, por ofrecer a los menores una convivencia más estable para su buen desarrollo psicológico, emocional y formación integral.

Estabilidad que las hijas tienen junto a su padre. A pesar de que la convivencia de las medianas con la madre pueda en principio atraerlas más, al estar sin control en el domicilio materno, mientras que con su padre, deben cumplir horarios y tareas comunes con sus hermanos, tal y como se acreditará mediante informe del SATAV que se interesa, ya desde ahora, para el momento procesal oportuno.

**- Atendida la edad de los menores, xx años y xxx años, interesa que no se establezca régimen de visitas materno-filial, al ser las propias menores quienes se relacionarán con la madre cuando tengan por conveniente.**

Como hemos señalado XXX, tienen en la actualidad XXX años y desde hace tiempo priorizan las relaciones personales con sus amigos que con sus progenitores, como todas las niñas de su edad, utilizando el domicilio materno o paterno como un hotel.

Mientras que XXX con XXX años ni debe ni quiere estar sola en el domicilio materno con el servicio. En múltiples ocasiones ha solicitado ayuda a su padre para que la recogiera, o le pide a su hermano mayor que la lleve a casa de su padre antes que permanecer sola en el domicilio materno. Tanto XX como XXX tienen una relación muy estrecha con su padre y nunca dudan en recabar su auxilio cuando su madre los echa de casa o no les permite estar o dormir en el domicilio conyugal.

Con su padre, XXX encuentra la estabilidad, reiteramos, que gozaba con anterioridad a la ruptura matrimonial, y más en el presente caso en el que la Sra. XXX suele dejarla sola los fines de semana al cuidado de su hermano o hermanas si están en casa (responsabilidad que no debería recaer sobre ellos), o con el servicio o con terceros.

Al ser la menor de cuatro hermanos, tiene suficiente capacidad de discernimiento y mayor madurez para su edad de la que poseen otros menores. Creemos que tras ser oída al amparo del art. 9 de la L.O. de Protección Jurídica al menor, al tratarse de una decisión que afecta a su esfera, personal, familiar y social, se debe dejar a ella la posibilidad de decidir con quién residir y como relacionarse con el progenitor no custodio como vienen haciendo sus hermanos. Hecho que recrimina, por comparación con ellos, a sus padres cuando le fuerzan a cumplir con las visitas establecidas en la tan controvertida resolución.

**- Interesa se fije la pensión de alimentos a abonar por la Sra. XXX por los cuatro hijos habidos en el matrimonio en la cantidad de 2.000 € al mes. Es decir la cantidad de 500 € por hijo, que deberá abonar la madre al Sr. XX en la cuenta que éste designe al efecto. Cantidad a abonar por anticipado entre los días 1 y 5 de cada mes, por doce mensualidades y revisable anualmente a tenor del Índice de Precios al Consumo que establezca el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. Obligación que perdurará hasta la independencia económica de los cuatro hijos en común.**

**En cuanto a los gastos extraordinarios sanitarios no cubiertos por la mutua o Seguridad Social, estos serán abonados al 50% por ambos progenitores; así como aquellos gastos como libros, material escolar, uniformes etc que por razón del centro escolar o universitario se generen cada inicio de curso, también serán abonados al 50% por ambos progenitor.**

**Se justifica dicha petición** por aplicación de la regla de proporcionalidad recogida en nuestro Ordenamiento Jurídico que debió ser respetada y respetarse en todo momento:

- El Código de Civil en el artículo 154 establece “La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos educarlos y procurarles una formación integral...”. El art. 142 del mismo cuerpo legal recoge “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causas que no le sean imputables”. El art. 144 del CC señala quien está obligado a prestar alimentos y art. 145 del CC recoge que si hay una pluralidad de personas obligadas no sólo se estará o prestará en razón a sus recursos sino también a sus posibilidades. Y dicha obligación no desaparece con la mayoría de edad

tal y como hemos expuesto. Y más en el presente caso en que Jaime se encuentra en el primer curso de universidad.

- El art. 142.2 del C Civil determina que la pensión de alimentos subsiste siempre que el hijo no hubiera acabado sus estudios o formación por causa que no le sea imputable, como es el presente caso, encontrándose Jaime en un periodo de formación lógico y natural conforme a su edad, a sus 19 años ha iniciado primero de grado en marketing en la Universidad Rey Juan Carlos. Derecho del hijo mayor de edad que puede ser reclamado por aquel progenitor con el que convive regularmente en su domicilio, por tener reconocida esta legitimación en nuestro Ordenamiento Jurídico y sobre quien recae su administración si no hubiere oposición del hijo mayor de edad, como en el presente caso, no sólo como contraprestación por acogerlo sino también por estrecha relación existente entre Jaime y su padre que no le importaría pasar a residir con él.
  
- **La Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993** establece respecto a los alimentos a los hijos menores de edad:
  - (i) “La obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el art. 39 CE. Tal obligación resulta por modo inmediato del hecho de la generación y es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, art. 154.1 CC.
  - (ii) Nuestra doctrina entiende mayoritariamente que esta obligación no tiene nada que ver con la obligación alimentaria señalada en los art. 142 y ss del CC.
  - (iii) Mientras el hijo sea menor de edad la obligación alimenticia existe incondicionalmente y no puede decretarse su cesación.

Y precisamente, por incardinarse en la patria potestad, derivando básicamente de la relación paterno-filial (art. 110 CC) no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de los alimentos entre parientes ... **La determinación de la cuantía de los alimentos corresponde al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente con el suyo propio y personal**". Y menos cuando, como hemos expuesto en hechos anteriores, ha quedado acreditado que la pensión de alimentos que se está abonando por el padre, no se fijó teniendo en cuenta la regla de proporcionalidad, sino a tanto alzado, desdoblado conceptos que, sumados a la pensión base, han supuesto abonar mensualmente a mi mandante 3.762.-€ como si los gastos de cada menor ascendieran mensualmente a más de 940.-€ cuando la realidad es que no ascienden más que a 500.-€ mes por todos los conceptos, lo que avala su revisión.

- **La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de noviembre de 2003** declaró que "en la determinación de este importe económico a cargo de los Tribunales rige el prudente arbitrio de éstos y su revisión casacional solo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal (SS16-11-78, 30-10-86, 5-10-93, 3-12-96) o si se trata de resolución ilógica o aparezca evidente desproporción entre la suma establecida respecto de los medios económicos del alimentante y necesidades reales del alimentista, tratándose de situación que no alcanza estado definitivo".

Para poder entender cuándo han variado "**sustancialmente**" las circunstancias que avalen el que se deba o no, proceder a modificar las medidas en su día acordadas, y poder determinar si ello concurre en el presente caso, se hace necesario analizar:

- Los art. 90 y 91 del Código Civil prevén la posibilidad de modificar las medidas acordadas en las Sentencias de Separación o Divorcio, dictadas en procedimientos consensuales y contenciosos respectivamente, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. De aplicación en el presente caso

a la hora de valorar la determinación de la guarda y los alimentos de los hijos habidos en común.

- Si bien el Código Civil, para la modificación de dichas medidas, no establece restricciones de tipo cuantitativo, en el sentido de que pueden ser objeto de modificación todas y cada una de las medidas acordadas, sí establece **restricciones de tipo cualitativo.**

Precisamente estas restricciones de tipo cualitativo vienen marcadas por la expresión que se recoge tanto en el art. 90 como en el art. 91 del Código Civil y es la modificación o alteración “**Sustancial de las circunstancias**”

Con ello el legislador ha pretendido que lo acordado en separación o Divorcio **PUEDA SER OBJETO DE ACOMODO A LAS SUCESIVAS REALIDADES EN LAS QUE SE IRÁN DESENVOLVIENDO LOS ESPOSOS O PROGENITORES.**

Por ello como reiterada Jurisprudencia sostiene, el término “sustancial” DEBE INTERPRETARSE EN EL SENTIDO DE QUE SOLO DEBEN SER LAS MEDIDAS ACORDADAS OBJETO DE MODIFICACIÓN, **CUANDO DE NO HACERLO, SE PRODUCIRÍA UNA OSTENSIBLE SITUACIÓN DE INJUSTICIA DE ACUERDO CON LA REALIDAD DEL MOMENTO,** como es el caso que nos ocupa. Los hijos se encuentran en un ambiente inestable y de posibles consecuencias futuras psicológicas, siendo más beneficioso para ellos residir de forma permanente con su padre ante las continuas ausencias de la madre, quien está volcada por completo en su actividad profesional y en sus propios compromisos sociales. Creyendo que con el servicio, profesores particulares, actividades extraescolares o con su hijo mayor de edad, queda cubierta la dedicación que debe prestar cualquier progenitor custodio al cuidado diario de tres adolescentes. Hechos altamente perjudiciales para una educación sana y acorde al bienestar de cualquier menor separado de uno de sus

progenitores, en concreto en el caso de XXX que poseía una estrecha relación con su padre y que se resiente de la ruptura de sus progenitores, demandando al igual que su hermano mayor, convivir más tiempo con su padre.

Pero es más, el cambio de circunstancias económicas del padre y los verdaderos gastos de los hijos son una realidad también ineludible y que tal y como declara nuestro Ordenamiento Jurídico se deben acomodar a la realidad de aquel que debe prestarlos y, a las necesidades del que debe recibirlos. Regla de proporcionalidad que en todo momento debe ser respetada.

Es un hecho incuestionable que en este momento la Sra. XXX, es quien ostenta una mayor capacidad económica y sobre quién debe recaer una mayor contribución en el sostenimiento de las necesidades de los hijos comunes.

Y más en el presente caso en el que dos de los hijos habidos en el matrimonio han manifestado reiteradamente su deseo de convivir más tiempo con su padre. Siendo reiterada y pacífica la jurisprudencia de no separar a los hermanos tal y como recomienda el art. 92 del Código Civil (Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, Sentencia de 12 de mayo del 2008, recurso 93/2008; Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, Sentencia de 3 de mayo 2006, recurso 517/2005; Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, Sentencia de 19 de marzo 2007, recurso 367/2006; Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, Sentencia de 30 de septiembre 2003, recurso 293/2002, entre otras). Atendida la edad de las niñas de XX años, dicha decisión viene dada por su propia conveniencia de mantenerse residiendo con aquel progenitor que menos control y normas les establezcan o más próximo se encuentre a sus amistades que residen en XXX. Criterios todos ellos subjetivos de las menores que no inciden en su beneficio futuro emocional, psicológico y formativo.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**I.- Capacidad, representación y postulación:** artículos 6, 7 y 750 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**II.- Competencia:** artículo 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**III.- Procedimiento:** artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

**IV.- Modificación efectos:** artículo 90 y 91 del Código Civil.

**V.- Derecho sustantivo:** damos por reproducido todos los alegados en el cuerpo del presente escrito.

**VI.- “Principio Iura Novit Curia”** y cuantos preceptos sean de aplicación al presente caso.

**En su virtud,**

**AL JUZGADO SUPLENTE**, tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo junto con los documentos acompañados, unir la escritura de poder en la forma interesada, y me tenga por comparecido y parte en representación de **D. FERNANDO**, tener por interpuesta **Demanda de Modificación de los Efectos** contra **D<sup>a</sup> MARTA**, cuyas circunstancias conocidas constan en la cabecera de este escrito y previos los trámites legales oportunos, con citación de las partes a la comparecencia prevenida en el art. 771.2 de la L.E.C., se sirva dictar Sentencia por la que se acuerde la modificación de los efectos fijados por la Sentencia de fecha 1 de marzo de 2011, fijando como nuevos efectos los siguientes:

- 1- Se atribuya la guarda y custodia de las tres hijas menores a Don Fernando, sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores.
- 2- No se establezca régimen de visitas materno filial atendida la edad de las menores quienes se relacionarán con su madre como tengan por conveniente.
- 3- Que se establezca en concepto de pensión de alimentos de los cuatro hijos la cantidad de 2.000 € mensuales (500 € por hijo), que deberá abonar la Sra. XXX al

Sr. XX por doce mensualidades anticipadas, entre el 1 y 5 de cada mes en la cuenta que este designe al efecto. Cantidad que se revisará anualmente a tenor del Índice de Precios al Consumo que establezca el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. Obligación que perdurará hasta la independencia económica de los cuatro hijos en común.

Los gastos extraordinarios no cubiertos por la mutua o Seguridad Social serán abonados al 50% por ambos progenitores; así como aquellos gastos como libros, material escolar, uniformes etc, que se generan cada inicio de curso, se abonaran al 50% por ambos progenitores.

**PRIMER OTROSÍ DIGO**, que al amparo de lo dispuesto en el art. 773 de la L.E.C. y de conformidad con el art. 103 del Código Civil, interesa a esta parte la adopción de las siguientes interesa a esta parte la adopción de **MEDIDAS PROVISIONALES** derivadas de la presente demanda interpuesta por DON FERNANDO solicitud que fundo en los siguientes,

### **H E C H O S**

**PRIMERO**.- Damos por reproducido, los hechos alegados en la demanda principal, así como los documentos aportados y oportunamente referenciados.

**SEGUNDO**.- Que atendido la situación en la que se encuentran los hijos habidos en común, así como el empeoramiento económico de mi mandante, se encuentra justificada la necesidad de proceder a la Modificación urgente de las Medidas dictadas por el Juzgado de 1ª Instancia núm. XXX de fecha XX del 2011.

Interesando a esta parte, en consecuencia, la adopción de las siguientes, **Medidas Provisionales**:

- 1- Se atribuya la guarda y custodia de las tres hijas menores a Don Fernando , sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida entre ambos progenitores.

- 2- No se establezca régimen de visitas materno filial atendida la edad de las menores quienes se relacionarán con su madre como tengan por conveniente.
- 3- Que se establezca en concepto de pensión de alimentos de los cuatro hijos la cantidad de 2.000 € mensuales (500 € por hijo), que deberá abonar la Sra. XXX al Sr. XX por doce mensualidades anticipadas, entre el 1 y 5 de cada mes en la cuenta que este designe al efecto. Cantidad que se revisará anualmente a tenor del Índice de Precios al Consumo que establezca el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. Obligación que perdurará hasta la independencia económica de los cuatro hijos en común.

Los gastos extraordinarios no cubiertos por la mutua o Seguridad Social serán abonados al 50% por ambos progenitores; así como aquellos gastos como libros, material escolar, uniformes etc, que se generan cada inicio de curso, se abonaran al 50% por ambos progenitores.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**I.-** Art. 103 del Código Civil

**II.-** Art. 773 de la L.E.C. en relación al 771 y concordantes de la L.E.C.

**En su virtud,**

**AL JUZGADO SUPLENTE**, tenga por hecha la anterior manifestación acordando la adopción de las Medidas provisionales solicitadas

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO**, que por esta parte se propone el siguiente medio de prueba:

**II.- MAS PERICIAL**: Que se oficie por este Juzgado al SATAV a fin de que evalúen la voluntad de las menores de convivir con su padre o su madre. Designando

cual es el progenitor más capacitado para el ejercicio de la guarda y custodia de las menores; así como la conveniencia de separar a los hermanos.

**En su virtud,**

**AL JUZGADO SUPPLICO,** tenga por hecha la anterior manifestación acordando las pruebas anticipadas solicitadas.

**TERCER OTROSI DIGO,** que a los efectos del reparto ponemos en conocimiento del Juzgado Decano que la Sentencia XXX/2011 cuya modificación de Medidas definitivas se solicita fue dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n°XX, Autos de divorcio de mutuo acuerdo XX/2010.

En su virtud,

**AL JUZGADO SUPPLICO,** tenga por hechas las anteriores manifestaciones a los efectos legales oportunos.

**CUARTO OTROSI DIGO,** Que siendo la voluntad de esta parte la de cumplir los requisitos exigidos por la ley, intereso que de conformidad con el artículo 231 de la LEC puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de esta parte.

**En su virtud,**

**AL JUZGADO SUPPLICO**, que se tenga por efectuada la anterior manifestación a los efectos legales oportunos.

En XXX, a XX de dos mil once

2016.



JDO.1A.INSTANCIA N.1 ant. MIXTO N. [REDACTED]

CIF [REDACTED] / [REDACTED] Nº [REDACTED]  
TELÉFONO [REDACTED]  
BAX [REDACTED]

N.I.C., [REDACTED]  
Procedimiento: MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO  
CONTENCIOSO [REDACTED] 2012

Estado otras Literales  
De Dña. [REDACTED]  
Procuradora Srta. MARIA ROSA [REDACTED]  
Abogada Srta. SIN PROFESIONAL ASIGNADA  
Costa Dña. [REDACTED]  
Procuradora Srta. SIN PROFESIONAL ASIGNADO  
Abogada Srta. SIN PROFESIONAL ASIGNADA



**D E C R E T O**

Sr./a Secretario/a Judicial:  
ANA BELEN PEREZ FERNANDEZ .

En [REDACTED] , a [REDACTED] de [REDACTED] de dos mil doce .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Procurador de los tribunales, Sr./a.MARIA [REDACTED], en nombre y representación de [REDACTED] se ha presentado demanda de modificación de medidas en supuesto contencioso, frente a su cónyuge, [REDACTED].

Segundo.- De lo expuesto en la demanda se desprende que existen hijos menores en el matrimonio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Examinada la anterior demanda, se estima, a la vista de los datos y documentación aportada, que la parte demandante reúne los requisitos de capacidad, representación y postulación procesales necesarios para comparecer en juicio, conforme a lo determinado en los artículos 6, 7 Y 750 de la L.E.C.

Segundo.- Asimismo, vistas las pretensiones formuladas en la demanda, este órgano judicial *tiene* jurisdicción y competencia objetiva para conocer de las mismas, según los artículos 37, 38 Y 45 de la L.E.C.; en cuanto a la



competencia territorial, este órgano resulta competente por aplicación del artículo 769 de la L.E.C.; por último, por lo que respecta a la clase de juicio, procede, conforme a lo ordenado en el artículo 753 de la L.E.C., sustanciar el proceso por los trámites del juicio verbal, pero con las especialidades previstas en el mismo precepto y concordantes.

**Tercero.-** Por su parte, el artículo 770 de la L.E.C. dispone que las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777 de la L.E.C., las de nulidad del matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a determinadas reglas que, en lo que aquí importa, en trámite de admisión exigen, en su apartado 1, que a la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si se solicitaran medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

**Cuarto.-** Por lo expuesto, procede la admisión a trámite de la demanda y, como ordena el artículo 753 de la L.E.C., dar traslado de la demanda al cónyuge demandado, y al Ministerio Fiscal emplazándola/s, con los apercibimientos y advertencias legales, para que la conteste/n en el plazo de veinte días hábiles computados desde el siguiente al emplazamiento.

#### PARTE DISPOSITIVA

Acuerdo:

1.- **Admitir a trámite la demanda** de modificación de medidas en supuesto contencioso, presentada por el Procurador de los tribunales, Sr./a MARIA [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] figurando como parte demandada [REDACTED] sustanciándose la demanda por los trámites del juicio verbal, con las especialidades previstas en el artículo 753 de la L.E.C.

2.- Dar traslado de la demanda al cónyuge demandado, con entrega de copia de la misma y de la documentación acompañada, y emplazándole/s para que la conteste/n en el plazo de **VEINTE DÍAS HÁBILES** computados desde el siguiente al emplazamiento.

3.- **Apercibir a la parte demandada** de que si no comparece

dentro de plazo, se le declarará en situación de rebeldía procesal ( artículo 496.1 L.E.C.), y que la comparecencia en JUICIO debe realizarse por medio de procurador y con asistencia de abogado ( artículo 750 de la L.E.C.I.

4.- Llévase a efecto el emplazamiento en el domicilio señalado por la parte actora.

5.- Requírasele a la parte demandante para que en el plazo de CINCO DIAS, **otorgue representación 'Apud Acta'**.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** recurso de reposición en el plazo de cinco días ante el Secretario que lo dicta.

Se apercibe a las partes que es requisito imprescindible para la interposición del recurso de reposición la consignación como depósito de la cantidad de 25 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, salvo que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita.

Para efectuarlo deben indicar en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "recurso", seguido del IICódigo 00 Civil-Reposición".

Así lo acuerdo y firmo. Doy fe.

EL/LA SECRETARIO/A JUDICIAL,

Per Letrado [REDACTED]

Modificación de medidas [REDACTED] 012

AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° [REDACTED]

DON FRANCISCO [REDACTED] Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de DOÑA [REDACTED] con domicilio en [REDACTED], NIF nº [REDACTED] según acredito con la copia del general para pleitos que se adjunta, y bajo la dirección letrada de Da [REDACTED] Abogado colegiado nº [REDACTED] del Ilustre Colegio de Abogados de [REDACTED] ante el Juzgado comparezco y como mejor en derecho proceda, DIGO:

Que mi mandante ha sido emplazada, dándole traslado de la demanda y documentos que a la misma se acompañan, y de conformidad con lo previsto en el Artículo 405 de la L.E.C. mediante el presente escrito y en la representación que ostento **CONTÉSTO** a la demanda formulada por DON [REDACTED] correlativamente y en la forma prevista en el Artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, **OPONIÉNDOME** a la modificación de medidas solicitadas de contrario, en base a los siguientes

HECHOS

PREUMINAR.- Rechazamos todos aquellos hechos aducidos de contrario y documentación aportada en todo aquello que no sea coincidente con lo que aquí se expone.

La litis y el objeto de debate del presente procedimiento se ciñe exclusivamente en la petición del demandante de que se modifique el acuerdo adoptado por los progenitores en sede de procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo aprobado judicialmente, recientemente, mediante sentencia de fecha [REDACTED] de 2011, hace escasamente un año. La pretensión se ciñe a que se le atribuya a el la guardia y custodia de las tres hijas menores de edad.

Por tanto en virtud del principio de justicia rogada y congruencia nos vamos a extender únicamente en esa cuestión, pues es el único objeto de la litis: la modificación de la guardia y custodia.

AL PRIMERO Y SEGUNDO.- Cierzo el correlativo,

AL TERCERO.- Incierto el correlativo toda vez que los cónyuges estaban separados desde mucho antes de obtener la sentencia de divorcio. La separación de la pareja se produjo en el año 2008.

Además fue mi representada de quien partió la iniciativa de la separación de la pareja. Tras ello ambos decidieron de mutuo acuerdo, por el bien de los menores, la ruptura de la convivencia del matrimonio y el demandante inmediatamente se fue del domicilio conyugal, quedándose mi representa con la guardia y custodia de los 4 hijos (donde en ese momento era menor de edad). Y desde entonces, es decir, desde 2008, don [REDACTED] esta totalmente desvinculado del cuidado y atención de todos sus hijos y de todas las incidencias, organización, salud, colegios, estudios, etc. y en definitiva lo que supone el día a día del cuidado de un hijo y el ejercicio de su guardia y custodia.

Posteriormente se produjo el divorcio del matrimonio, tramitado como se expone de contrario de mutuo acuerdo y en que se como era de esperar se ratificó la situación familiar que tenían desde hacia años. Esto es, los hijos del matrimonio continuaban bajo el cuidado de la madre. De hecho, y se puede comprobar en la cláusula segunda del convenio regulador de mutuo acuerdo, donde se pacta los extremos que ahora pretende modificar, se fija la guardia y custodia como una situación de continuación de la atribución de la guardia y custodia a favor de la progenitora.

En cuanto al régimen de visitas, y su hipotético cumplimiento al que se alude de contrario, es absolutamente incierto que se pactase una guardia y custodia compartida, puesto que es evidente que no lo es y de hecho el demandante no se ocupa ni se ha ocupado de las cuestiones propias de la guardia y custodia de los hijos. Pero es que además lo cierto es que el progenitor incumple sistemática dicho régimen de visitas. Y así enumeramos, entre otros muchos, los siguientes incumplimientos por parte del demandante:

1. No recoge a las hijas a la salida del colegio a pesar que fue lo estipulado en la cláusula cuarta del convenio regulador. Y ello a pesar de que según manifiesta no tiene trabajo y tiene todo el tiempo para poder encargarse un poco más de sus hijos.
2. Del amplio régimen de visitas (inter semanal el progenitor lo ha reducido a la mitad por su conveniencia según el mismo reconoce en su escrito de demanda. Solo ve a sus hijas los martes. Y además no es desde la salida del colegio que fue lo pactado. Las hijas al terminar el colegio se van a su domicilio materno donde pasan toda la tarde, haciendo sus deberes y a las 21 horas o 21,30 horas, el hijo mayor, [REDACTED] las lleva al domicilio del padre donde pernoctan y a la mañana siguiente es el hijo mayor quien las llevar al colegio.

3. Los viernes, cuando le corresponde el fin de semana de visitas, tampoco las recoge en el colegio sino que Jaime las lleva el viernes por la noche a casa el progenitor.
4. En cuanto al régimen durante las vacaciones a pesar de haberse establecido que se disfrutarían por mitad del periodo (vacaciones escolares de las menores), sin embargo solo ha estado con ellas 15 días durante el pasado mes de agosto.
5. Durante el verano pasado, hasta este momento ha sido el único en el que se ha tenido oportunidad de llevarlo a cabo, dado que no ha pasado un año desde la sentencia de divorcio, en el escaso periodo que estuvo con sus hijas, resulta que todas las noches dejaba a [REDACTED] sola en casa mientras él se iba a cenar con su actual pareja con la que convive.
6. Mi representada siempre ha intentado que estuviera con sus hijos mas tiempo, y que el demandante cumplierse el régimen de visitas establecido. Pues bien si bien inicialmente consiguió que se fueran a su casa hasta el comienzo del curso escolar del año 2011, sin embargo finalmente terminó echándolos de su casa el día 6 de septiembre de 2011 porque él tenía otros asuntos.

En cuanto a la pensión de alimentos de los hijos del matrimonio, de la misma forma el demandante también lo incumple sistemáticamente. NO HA PAGADO LA MITAD QUE LE CORRESPONDE DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS PACTADOS EN EL PARRAFO TERCERO DE LA CLAUSULA QUINTA DEL CONVENIO REGULADOR: los libros y material escolar, viajes al extranjero que han realizado las hijas, etc..

Como el propio demandante reconoce, en la clausula quinta del convenio regulador aprobado judicialmente se pacto una pensión de alimentos a cargo del progenitor de 850 euros al mes para cada hij. Pero luego aparte, los gastos extraordinarios, pactándose expresamente que *no están incluidos en la pensión de alimentos dos siguientes gastos de los hijos que se consideran gastos extraordinarios: los libros., el material escolar de principio de curso; uniformes, baby y ropa de deporte del colegio y actividades extraescolares; campamentos, viajes, curso en el extranjero, gastos médicos no habituales. Tratamientos dentales, tratamientos odontólogos...etc.; así como los que no sean habituales*

No fue una decisión (fijar ese importe) precipitada sin muy meditada. y consensuada por ambos progenitores y es acorde con las necesidades de los menores.

Efectivamente el propio demandante reconoce expresamente en su escrito de demanda que SOLO PAGA 3.400 EUROS MENSUALES pero que no ha atendido los

gastos de libros escolares cursos y viajes que han realizado sus hijos al extranjero el pasado verano de 2011.

Aporto como documento n° 1 correo electrónico enviado por mi representada al demandante de fecha 5 de julio de 2011 donde le pide la mitad de los gastos de un billete de avión de su hija [REDACTED] a Londres que el demandante no ha pagado

Acompaño como documento n° 2 otro correo electrónico de mi representada al demandante de fecha 4 de julio de 2011 informándole los gastos extras de academia de las hijas [REDACTED] durante el pasado verano.

La contestación del demandante: no lo paga.

Véase también el documento n° 21 de la propia demanda que es otro correo electrónico remitido por mi representada al demandante el pasado 6 de septiembre 2011 reclamándole la mitad de los gastos de los libros y material escolar.

La respuesta del demandante fue la siguiente: *OK HABLAREMOS TODO ESTO CON NUESTROS ABOGADOS.*

Se acompaña como documento n° 3 original de las facturas de compra de los libros y el detalle enviado a mi representada por parte del Colegio [REDACTED]

y efectivamente así ha sido puesto que no lo ha pagado los gastos sino que directamente ha presentado esta demanda pidiendo (no una reducción de las pensiones de alimentos) sino que se le adjudique a él la guardia y custodia y de esta forma no pagar las pensiones de alimentos de sus hijos. Es su única finalidad.

Pero lo peor de todo es que con ello, los perjudicados son sus propios hijos puesto que como han sido citados para las pruebas acordadas, han tenido conocido por primera vez de la existencia del presente procedimiento judicial. El progenitor nunca antes les habla consultado ni preguntado a sus hijos sobre esto y si estaban de acuerdo en que cambie su situación actual. Ni siquiera se lo dijo a hijo mayor, [REDACTED]

En todo caso no hay ningún motivo o razón para que se modifique y varíe la situación actual de los menores y de [REDACTED]. Y tampoco que los hermanos se separen, que parece ser lo que es otra de las opciones que pretende el progenitor según se ha formulado la prueba del equipo psicosocial.

Al CUARTO.- Incierto el correlativo

La sociedad de gananciales, y entre cuyos bienes se entraba vivienda familiar, se disolvió por mutuo acuerdo de los progenitores, y precisamente (o al menos el interés de mi representada) era adjudicarse la vivienda para lo cual tuvo que hacer un

importante esfuerzo económico para garantizar el bienestar de los hijos que se quedaban bajo su cuidado, lo que hizo que se lo adjudicase tal y como se exponía en la cláusula tercera del convenio regulador. De esta forma se garantizaba la continuidad en el uso por parte de sus hijos de la vivienda. Y tras adjudicarse la razón de realizar reformas fue debido a su necesidad de mantenimiento y adecuarla a la nueva situación tras el divorcio.

En cuanto a la situación actual que alega el demandante, de ser acreditado, el hecho de estar en paro no es suficiente para que pueda o se vaya a ocupar más de sus hijos habida cuenta que, a pesar de que según manifiesta fue despedido en mes de septiembre de 2011, sin embargo durante estos últimos meses no se ha ocupado más ni implicado en el cuidado de [REDACTED]. El demandante se ha limitado a cumplir (y solo en parte) el régimen de visitas propio del fin de semana que le corresponde, pero no ejerce más cuidados o atenciones que las que tenía antes cuando trabajaba.

En todo caso es incierto que el demandante no pueda asumir el pago de las pensiones de alimentos que pacto de mutuo acuerdo hace menos de un año.

y así, que esta parte le consta:

- 1) Ha percibido una indemnización por su extinción laboral (posiblemente una extinción laboral pactada con la empresa) de nada menos que 229.735,66 euros NETOS
- 2) En la adjudicación de la sociedad de gananciales se adjudicó por el exceso que le compenso mi representada otros 390.000 euros NETOS
- 3) También se adjudicó una embarcación de más de 35.000 euros, un amarre en [REDACTED] valorado en otros 35.000 euros. Aparte las dos motocicletas. Actualmente tiene 3 motos de trial y una de carretera.
- 4) Actualmente el demandante ha adquirido un vehículo de deportivo de lujo nuevo, BMW descapotable, valorado en más de 60.000 euros y mantiene el mismo nivel de vida que tenía antes (esquí, viajes, etc.).
- 5) Es aficionado a la música y tiene un piano, un órgano, una batería, y 5 guitarras
- 6) Le ha comprado al hijo mayor del matrimonio a [REDACTED] otro vehículo Honda Civic, y a [REDACTED] un ordenador nuevo
- 7) Tiene una vivienda en propiedad en la Urbanización de Lujo [REDACTED] de 278 m2 y 2.300 m2 de parcela valorada en 804.835 euros

En el momento de la compraventa de su vivienda suscribió un préstamo hipotecario por más del doble de lo necesitaba para adquirir la citada vivienda. El

precio de la vivienda eran 560.000 y el préstamo obtenido fueron 600.000 euros, cuando, si descontamos lo que mi representada le entrego por el exceso de la adjudicación de la vivienda familiar (390.000 e) solo necesitaba 260.000 euros. Solicito más del doble sin tener necesidad.

y el importe de las pensiones de alimentos no se decidió de una forma precipitada como afirma de contrario. Todo lo contrario, o mismo que el respecto de los pactos suscritos en el convenio regulador fueron fijaron y consensuado y muy meditados por los progenitores. Y se fijaron según las necesidades de los hijos (estudios, alimentación, ropa, status de vida, etc.), y los gastos familiares. Y los gastos fijos mensuales superan los 7.000 euros según el siguiente detalles:

Teléfono fijo: 200 €/mes

Gas: 150 €/mes

Agua: 90 €/mes

Luz: 150 €/mes

Colegio [REDACTED] 197 €/mes

[REDACTED] Colegio 533 €/mes

[REDACTED] Colegio 533 €/mes

Comunidad Propietarios 488 €/mes

Matricula Universidad J. [REDACTED] 500 € anuales

Asistenta 850 €/mes

Seguridad social Asistenta 104 €/mes

Prosegur 141 €/mes

Móviles niños 240 €/mes

Gasolina J. [REDACTED] 270 €/mes

Comida 1.000 €/mes

Pagas 500 €/mes

Profesores 600 €/mes

Ropa 100 € x4 ≈ 400 €/mes

Aseo, farmacia, peluquería 100 €/mes

Ocio, música, libros, etc. 250 €/mes

Seguros médicos 200 €/mes

Acompaño como documento nº 4 conjuntos de documentos de algunos recibos de dichos gastos hijos.

AL QUINTO.M Nos oponemos al correlativo. Es improcedente la modificación que se pretende del acuerdo de la guardia y custodia de las menores. Y es improcedente que se le atribuya al demandante. Por las siguientes razones:

- Principalmente, no ha habido alteración (y menos sustancial) de las circunstancias existentes hace un año, en el momento del divorcio de mutuo acuerdo. Y no existe causa tampoco que habilite o haga necesario el cambio de la guardia y custodia.
- Los hijos del matrimonio nunca han planteado a mi representada un interés o deseo de irse a vivir con su padre. Ellas quieren mantener su situación como hasta ahora.
- Es más beneficioso para los hijos, mantener su situación actual, en compañía de su madre y todos los hermanos vivienda juntos. También respecto de [REDACTED] pues aun que sea mayor de edad sigue a conviviendo en casa de la progenitora junto con sus hermanas.
- Los motivos aducidos son puramente económicos, no personales. El hecho de que supuestamente no pueda pagar la pensión (si puede) tampoco es un motivo, ni suficiente para modificar dicha medida de la guardia y custodia.
- Mi representada es la que se encarga, y se ha encargado desde el nacimiento de los hijos del cuidado y atención de ello (médicos, estudios, alimentación, apoyo consejos, apoyos, colegios, tutores, etc.). En fin siempre se ha ocupado del día a día de los hijos. Y lo ha hecho compatibilizándolo perfectamente con su trabajo, desde que nacieron los hijos.

Acompaño como documento nº 5 correos electrónicos diversos entre los progenitores, tras el divorcio que demuestra que ella se encarga de todo lo relacionado con ellos, y que le informa a el debidamente e intenta que participe. Luego el demandante nunca acude

y acompaño como documento n° 6 un informe psicológico reciente de una Psicóloga, Doña [REDACTED] que le asiste a mi representada desde antes y durante el proceso de la separación de su matrimonio, donde analiza su favorable evolución en la actualidad.

- Desconocemos el entorno actual del progenitor. El demandante no lo aclara. Mi representada solo conoce que el demandante tiene una relación de convivencia con su novia, que prioriza a la de sus hijos. La presencia de la novia puede afectar a la relación de los menores con su padre y sobretodo porque supone para ellos tener pasar a convivir con otra persona ajeno a ellos.
- Acompaño como documento n° 7 informe de doña [REDACTED] psicóloga de la hija de 12 años, [REDACTED] de fecha [REDACTED] de 2012 a la que se le consultó motivado por un bajo rendimiento durante el pasado curso escolar. Y ha examinado a Carlota y a los progenitores.

En modo alguna se percibe algún motivo o causa que haga necesarios cambiar la situación actual de [REDACTED]. De hecho llama la atención del informe, que la psicóloga de [REDACTED] detecta solo una "idealización" de [REDACTED] con el padre donde todo lo que él haga está bien, refiere que si el padre se enfada lo hace muy serio" esto le lleva a no discutir con él y busca su atención de otra manera, también con él se establece una relación de dependencia

y con la madre, mi representada mantiene una relación amor odio se mueve en el afecto y la pelea constantemente, es muy dependiente de ella y busca permanentemente su atención ya sea con un acercamiento efectivo o con un enfrentamiento.

Lógicamente mi representada ante la desatención del progenitor de su deberes paterno filiales con los hijos, es la que tiene que imponer las reglas en la educación de [REDACTED] hijos y en la convivencia. El demandante se limita a un papel de padre bueno de fin de semana que les compra todos [REDACTED] caprichos.

- Mi representada compagina perfectamente su trabajo con sus hijos y su dedicación. Además actualmente es una familia muy unida.
- Hemos de llamar la atención que el progenitor, tal es la falta de confianza que tiene con su hijos que ni siquiera ha hablado con ellos sobre la presente demanda ni la posibilidad de un cambio tan trascendental para ellos. Ha sido a raíz de la citación para la elaboración de los informes psicosociales cuando la progenitora ha tenido que contarles lo sucedido lo cual demuestra su mala fe.

A los anteriores hechos son de aplicación los siguientes

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Competencia.- Artículo 769 LEC

II.- Legitimación activa y pasiva, la ostentan ambos progenitores

III.- MODIFICACION DE **MEDIDAS** DE DIVORCIO. No son de aplicación los preceptos invocados de contrario puesto que no estamos ante un procedimiento nuevo de divorcio o separación, sino de una petición de medidas que fueron aprobadas judicialmente y consensuadas hace escasamente un año.

Por tanto es de aplicación el Artículo 91 in fine del Código Civil.

*En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.*

En este caso se pide que se sustituya la guardia y custodia que tiene adjudicada la progenitora y le otorgue al progenitor. Para ello invoca un motivo puramente económico, no de carácter personal o social.

Para que obtenga amparo jurisdiccional la solicitud de modificación de efectos de los procesos matrimoniales suscitados en forma contenciosa, se requiere en atención al artículo 91, in fine, del Código Civil, la concurrencia de los siguientes presupuestos,

A) Que se trate de hechos de nueva consideración, surgidos con posterioridad al dictado de la sentencia que acordó la adopción de las medidas complementarias.

B) Que supongan una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de adoptar las medidas complementarias;

No es el caso por cuanto no ha habido ninguna variación de carácter personal para que se tenga que modificar la atribución de la guardia y custodia. Y los motivos económicos no afecta a este tipo de medidas.

C) Que la alteración de tales circunstancias revistan cierto grado de permanencia en el tiempo, es decir que no obedezcan a situaciones de carácter coyuntural o transitorio.

Tenemos que suponer que la situación de paro del demandante (que tampoco justifica suponga una merma de ingresos). Pero en todo caso lo razonable es que consiga otro trabajo por lo que la situación actual, de ser cierta es transitorio. Insistimos ¿se puede encargar de sus hijos cuando consiga un trabajo en el extranjero o en otra localidad o incluso en Madrid? Cuando ello ocurra, volvemos a solicitar una modificación de medidas.

Y; D) Que se trate de acontecimientos ajenos a la voluntad del cónyuge instante de la modificación de medidas.

Otro argumento aducido por el demandante es que tuvo que esperar a la disolución de su sociedad de gananciales. Resulta incongruente y contradictorio por cuanto su disolución de la sociedad de gananciales se firmo el mismo día que el convenio regulador.

En consecuencia procede dictar sentencia desestimando íntegramente la demanda

Cito la sentencia de la **Audiencia Provincial de Madrid de fecha 3 de marzo de 1988 (AC 1998\449)**, en un caso similar al que nos ocupa:

*"Las partes hoy en conflicto suscribieron, en fecha 30 de abril de 1991, convenio regulador de su separación matrimonial, sancionado en Sentencia de 27 junio del mismo año, y en el que, entre otros extremos, establecieron que el hijo común quedaría bajo la guarda cotidiana de su madre. Dicha situación se ha venido manteniendo de forma inalterada y pacífica, pues otra cosa no consta, hasta el planteamiento por la esposa de la presente litis disolutoria del vínculo conyugal, aprovechando la cual la contraparte reclama la modificación de la referida función, contra lo que en principio se estipuló y luego durante varios años se siguió consintiendo, o al menos tolerando.*

*y sobre ser significativa dicha postura, que en el fondo revela que doña María Jesús ha venido desempeñando de un modo correcto el cuidado del hijo común durante dicho largo periodo, es lo cierto que tampoco se han ofrecido a la consideración judicial razones de entidad suficiente para acceder a la pretensión deducida.*

*Así las meras dificultades respecto de las comunicaciones paterno-filiales, sobre no resultar suficientemente acreditadas, tampoco, y de ser ciertos los alegatos del hoy apelante, habían de bastar, por su escasa trascendencia, para la asignación de un cometido que no puede asentarse en la idea del reproche o sanción al progenitor incumplidor, sino en el principio del «bonum finis», que consagran, al efecto, los arts. 39 de la Constitución ( RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) Y 92 Y 159 del Código Civil.*

*La exploración llevada a cabo por la juzgadora «a qua» respecto de Luis Miguel no revela tampoco la existencia de especiales problemas en el sentido esgrimido por el recurrente, y tampoco unas malas relaciones de aquél con el compañero de su madre, manifestando, por el contrario, llevarse «bien con él». Y si bien es cierto que aquél exterioriza deseos de pasar a convivir con su padre, dicha voluntad no es vinculante de la decisión judicial al respecto, sino*

un elemento a valorar en tal punto, de mayor o menor repercusión, pero en el que ha de primar, por encima de cualquier otro factor, el beneficio del hijo. En tal sentido no son excesivamente sólidas las razones que éste ofrece en orden al cambio de convivencia habitual, al referirse tan sólo a que (como ya lleva cinco años con su madre le gustaría irse a vivir con su padre», o que el Instituto al que ha de asistir en el futuro «está más cerca de casa de su padre», o finalmente las reticencias al cambio de localidad de residencia proyectado por su madre, en cuanto el mismo no se ha materializado. No dejan de detectarse, en dicha exploración, deseos de un menor control en materia de estudios, al parecer desarrollados de forma poco brillante, al afirmar que «su madre es más estricta que su padre», en dicha cuestión.

y Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1ª) nº 57/2011 (AC 2011\438): *Es sabido que todas las medidas sobre custodia de los hijos menores han de ser adoptadas, bajo la discrecionalidad razonada del juzgador, en base al "favor filii" y previas las audiencias que establece el art 159 del CC ( LEG 1889, 27) , Y en su caso, las pruebas periciales psicosociales tan relevantes en este tipo de medidas. Como recuerda verbigracia la SAP Palencia núm. 223/2006 (Sección 1), de 24 julio ( JUR 2006, 287471) . "En relación con las medidas judiciales relativas a la guarda y custodia de los hijos menores en situaciones de crisis matrimoniales o de pareja, pese a la amplia discrecionalidad del Juez, resulta evidente que rige el principio del beneficio o interés del menor ((favor filii" y εξουχισμός: 6/92). Dicho principio se recoge en los Tratados Internacionales, en concreto en la Convención de Derechos del Niño, de la Organización de Naciones Unidas, de 20-11-89, ratificada por España el día 30-11-90 ( RCL 1990,2712); Y en nuestra legislación, así lo establece, como principio rector de la política social, la Constitución ( RCL 1978, 2836) en su artículo 39-2, así como la Ley Orgánica 1196 ( RCL 1996, 145)), de Protección jurídica del menor, que en su artículo 2 dispone: «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Además dicho principio se ha recogido ampliamente en la doctrina jurisprudencial, así la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1987 (RJ 1987, 2717) dice: (es obligado dejar establecido, como principio rector de esta clase de procesos, la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas puedan postergar, oscurecer o perjudicar las puras situaciones humanas y afectivas que deben informar las relaciones paterno-filiales; de ahí que se tengan que examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa, especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor; principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española y en la filosofía de las últimas reformas del Código Civil ». Teniendo en cuenta este principio, por lo que se refiere a la atribución de la custodia de los hijos menores de edad, es objeto de regulación en el artículo 159 del Código Civil, que en su anterior redacción atribula siempre la custodia a la madre, en el supuesto de menores de siete años, salvo que hubiese motivos especiales que aconsejasen otorgarla al padre, pero dicha regulación fue reformada por la Ley 11190, de 15 de octubre (RCL 1990,2139) , por aplicación del derecho a la igualdad reconocido en nuestra Constitución, y evitar cualquier discriminación por razón de sexo, que establece: (Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El Juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran*

suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años», de tal modo que, a diferencia de la regulación legal anterior, no establece un criterio previo, sino que ha de tener en cuenta el acuerdo de los padres y, en defecto de éste, el Juez decidirá, teniendo en cuenta siempre el beneficio de los hijos, que es el único requisito, pero esencial, que ha de tenerse en la resolución de dicha cuestión, no es el interés del padre o de la madre el que debe prevalecer sino el de los propios hijos. Ha de valorarse el ambiente más propicio para el desarrollo integral de la personalidad del menor, la convivencia con personas unidas con vínculos afectivos, la atención que pueden prestar al menor en el orden educativo, afectivo, de cuidado y material, como las especiales circunstancias que concurren en cada progenitor, en definitiva exige tener en cuenta las mejores condiciones para el pleno desarrollo integral del hijo menor de edad. Así se ha pronunciado la Audiencia Provincial de La Coruña en sentencia de fecha 14 de abril de 2005 ( JUR 2006, 13696) Y también en el mismo sentido, haciendo un extenso y fundamentado estudio del mencionado principio «bonum. filii» y sus exigencias en la materia de decisión judicial sobre guarda y custodia así como régimen de visitas y comunicaciones con hijos menores, la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia de fecha 8 de febrero de 2002 ( JUR 2002, 113713) ».

Además, aquí ha de partirse de que el art 775 de la LEC de 2000, en relación con lo dispuesto en los artículos 90, párrafo 3º y 91 in fine final del Código Civil, establece la posibilidad de que a solicitud de los cónyuges o del Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados, se modifique el convenio regulador judicialmente aprobado en la sentencia de separación o divorcio, así como las medidas judiciales acordadas en defecto de convenio de los cónyuges, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar la propuesta de convenio presentado por los cónyuges, o, en su caso, al adoptar judicialmente las medidas en defecto de acuerdo de los esposos; y de que el artículo 776.3º de dicha ley establece, como una de las especialidades de la ejecución forzosa de los pronunciamientos jurisdiccionales sobre las medidas de contenido personal o patrimonial que acompaña a las resoluciones en materia de separación, divorcio o nulidad matrimonial, la posibilidad de que se modifique el régimen de guarda o el de visitas y comunicaciones en el caso de que se produzca una situación de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas para los cónyuges del régimen de visitas. Asimismo, hay que matizar que para que prospere una modificación de estas características no sólo será necesaria la concurrencia de una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta por los esposos o por la autoridad judicial para la fijación de dichas medidas -y no afectar únicamente a las circunstancias accidentales o de poca entidad-, que deberá resultar debidamente acreditada por la parte que la hace valer para obtener la modificación de las medidas, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión (art. 217.2 LEC), sino también que habrá de tenerse presente que dicha modificación debe estar siempre subordinada al superior interés de los hijos menores del matrimonio, ya que el beneficio de éstos es el principal criterio al que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos, conforme a lo previsto en el art. 92 párrafo segundo del CC ;, debiendo añadirse que el derecho de visitas regulado en el art 94 del CC ., en consonancia con el art 161 del mismo cuerpo legal no es un propio y verdadero derecho, sino un derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores sino también cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras a su desarrollo armónico y equilibrado, por lo que tanto el art. 91 como el 94,

*ambos del CC., posibilitan la alteración de las medidas acordadas en torno al mismo en el supuesto de que lo aconsejen así las circunstancias concurrentes en su desarrollo. En definitiva, y en aplicación de tal doctrina al recurso que se examina, no ha sido probada alteración sustancial de circunstancia alguna, ni siquiera acreditado que el cambio de custodia sea lo más beneficioso para la menor, o que exista causa seria e inhabilitante que haya necesario el cambio de guarda, más allá de la disconformidad del recurrente con los amplios razonamientos de la sentencia al respecto. No se han propuesto los presupuestos de hecho en que se sostiene la petición de modificación de medidas, ni que tal cambio de custodia sería la medida más beneficiosa para el niño, constando, sin embargo a través del informe psicológico aportado a la causa y practicado como prueba pericial, que es la convivencia con su madre la conveniente para la menor, lo que, en definitiva lleva a mantener el pronunciamiento de la resolución de instancia ya rechazar el recurso.-*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24) de 10 de octubre (JUR 2003\28914)

#### IV. CONDENA EN COSTAS AL DEMANDANTE

Solicitamos que en este caso se le condene al demandante a las costas

*Cito en amparo de dicha condena la doctrina consolidada de nuestra Audiencia Provincial de Madrid. Así en sentencia de 29 de mayo de 2002 (JUR 2002\200330) de la Sección 2ª ha fijado que los procedimientos judiciales de familia existe la excepcionalidad al vencimiento objetivo. Pero cuando se trata de una modificación de medidas como el que nos ocupa se aplica dicha regla general y por tanto procede su imposición. Señala la sentencia:*

*"Esta Sala participa, en principio y en buena medida, de tal criterio, al entender que en los procesos de separación, divorcio o nulidad deben aplicarse criterios de máxima flexibilidad respecto de la condena al pago de las Gastos procesales, pues en ningún caso, al contrario de lo que acaece en la mayor parte de los juicios declarativos, la litis tiene un carácter subsidiario, ante el incumplimiento de una obligación por la parte contraria, sino que al ventilarse cuestiones afectantes al estado civil de las personas unidas por vínculo matrimonial y que, en consecuencia, no pueden ser objeto de regulación privada ni de transacción (artículo 1814 del Código Civil), se hace imprescindible, sin excepción, la declaración judicial del nuevo estado civil de los litigantes, a través de los cauces procesales oportunos, lo que, con independencia de la postura que respecto de la pretensión principal deducida pueda mantener el demandado, obliga incondicionalmente al que pretende la constitución del citado estado civil, dimanante de la disociación nupcial, a formular la correspondiente demanda y seguir los trámites pertinentes, incluida la prueba plena de los hechos esgrimidos, lo que no queda condicionado, dada la naturaleza de la cuestión debatida, por su admisión o rechazo por la parte demandada.*

*Por ello la condena en costas ha de constituir la excepción, frente a la regla general marcada, para el resto de los procesos declarativos, por el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

*Pero bajo un enfoque absolutamente distinto deben ser tratados, en tal aspecto, los procedimientos atinentes a la modificación de los efectos complementarios sancionados en una antecedente litis matrimonial, en los que, al contrario de lo antedicho, no existe razón específica alguna para excluir la proyección del referido precepto; en efecto, el mismo se inspira en la satisfacción del ideal pleno de justicia a que la litis viene, por principio, abocada, lo que impone que aquella de las partes cuyas pretensiones han encontrado acogida total en la resolución judicial no sufra un injusto menoscabo en su patrimonio, dado que ha sido llamada a la contienda litigiosa en virtud de una infundada pretensión deducida en su contra, siendo el litigante vencido el que debe afrontar los gastos generados por el procedimiento, so pena de vulnerar elementales principios de equidad y justicia.*

*y así ocurre en el caso que hoy se examina, pues las acciones ejercitadas han obligado a la hoy apelada a personarse en la litis, mediante Procurador y bajo la dirección técnica de un Letrado, lo que le ha generado los correspondientes desembolsos económicos que, ante el fracaso de la demanda, han de ser resarcidos por el actor, en aplicación del precepto estudiado, sin necesidad de realizar una específica declaración de temeridad o mala fe, ni otra argumentación que la concierne al objetivo vencimiento.*

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22) de 30 de abril de 2002 (JUR 2002\197604

V.- Designación de archivos a efectos probatorios:

Juzgados de Instancia de [REDACTED]

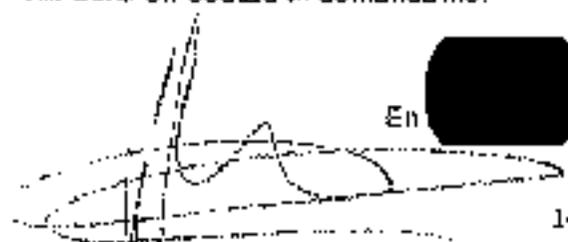
CISCO, SEGURIDAD SOCIAL, Agencia Tributaria, colegio menores e universidad

y de cuantas entidades, empresas y personas se citen en la demanda y en la presente contestación a la demanda y documentos acompañados con las mismas.

Por todo ello,

SOLICITO AL JUZGADO: Tenga por presentado este escrito y documentos que se acompañan, me tenga por comparecido en autos en nombre y representación de DOÑA [REDACTED] tenga por contestada a la demanda planteada de contrario, y en virtud de lo expuesto se sirva dictar sentencia por la que se desestime la demanda presentada por don [REDACTED] y con expresa condena en costas al demandante.

En [REDACTED] a [REDACTED] 2012



14

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

Medidas coetáneas y  
Modificación de medidas definitivas

SENTENCIA N° 12

En [redacted] de 2012.

Vistos por mí, Da. Myriam Feijóo Delgado, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n° [redacted] los presentes autos sobre Modificación de Medidas, seguidos por la Procuradora de los Tribunales Da. Rosa [redacted] en nombre y representación de D. [redacted] asistido de la Letrado Da. [redacted] contra Dª. [redacted] representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco [redacted] y defendida por la Letrado Dª. [redacted] con intervención del Ministerio Fiscal, procede dictar la presente resolución en base a las siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado el conocimiento de la precedente demanda sobre modificación de medidas definitivas de divorcio presentada en Decanato el día [redacted] de 2012; demanda en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que se estimaron oportunos, la parte actora suplicaba que se dictase Sentencia estimatoria de sus pretensiones, así como la adopción de medidas coetáneas a la presentación de la demanda.

Segundo.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 770 al que remite el art.775.2 LEC 112000 de 7 de enero, se dio traslado de la demanda a la parte contraria y al Ministerio Fiscal por término de veinte días para que contestasen a la misma. Igualmente se citó a vista para la celebración de las medidas pero fue suspendida por enfermedad de la Letrado de la parte actora. Evacuado el trámite y previa práctica de la pericial psicosocial acordada, se citó a las partes para la celebración conjunta de la vista el día [redacted] de 2012.

Tercero.- El día señalado comparecieron las partes debidamente asistidas de Letrado y Procurador. Abierto el acto se concedió la palabra a la parte actora quién se afirmó en su escrito de demanda e interesó el recibimiento del pleito a prueba. La parte demandada se ratificó en su escrito de contestación a la demanda, solicitando igualmente el recibimiento a prueba. Tras la proposición de prueba y declaración de pertinencia, se celebró a continuación con el resultado que obra en autos, formulando sus conclusiones finales el Ministerio Fiscal. Acto seguido se declaró el juicio visto para sentencia.

Cuarto.- En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se solicita por la parte actora la modificación de las medidas definitivas adoptadas en la Sentencia de Divorcio de mutuo acuerdo de fecha [REDACTED] de 2011; en concreto, se interesa en el suplico de la demanda que se atribuya la guarda y custodia de las tres hijas menores de edad al demandante D. [REDACTED] sin perjuicio de que la patria potestad sea compartida por ambos progenitores, sin definir un régimen de visitas a favor de la madre, para que se relacionen como tengan por conveniente; y que se establezca en concepto de pensión de alimentos de los cuatro hijos la cantidad de dos mil euros mensuales (2000€ por hijo); que deberá abonar la Sra. [REDACTED] al Sr. [REDACTED] por doce mensualidades anticipadas, entre el 1 y 5 de cada mes en la cuenta que éste designe al efecto; cantidad que se revisará anualmente conforme al IPC que establezca el INE u organismo que lo sustituya, y obligación que perdurará hasta la independencia económica de los cuatro hijos en común. Los gastos extraordinarios no cubiertos por la Mutua o Seguridad Social serán abonados al 50% por ambos progenitores; así como los libros, material escolar, uniformes, etc, que se generan cada inicio de curso que se abonarán al 50% por ambos progenitores. Y ello en base a que "las menores se encuentran sin control por parte del progenitor custodio", que "prioriza sus compromisos sociales y laborales a los cuidados de las menores, que en plena adolescencia aprovechan dicha situación para entrar y salir del domicilio del progenitor custodio a su entera conveniencia"; y además porque "la conflictiva relación entre las menores y su madre comporta un factor estresante en [REDACTED] que reafirma aún más, si cabe, su voluntad de convivir con su padre, donde encuentra la estabilidad y la tranquilidad que necesita".

La parte demandada se opone por entender que no concurren los requisitos para su modificación al no haber variado las circunstancias existentes hace un año en el momento del divorcio de mutuo acuerdo, no existiendo causa tampoco que habilite o haga necesario el cambio de la guarda y custodia. Los hijos del matrimonio nunca le han planteado a la demandada su deseo de irse a vivir con su padre, y quieren mantener la situación como hasta ahora, siendo más beneficioso para ellos, conviviendo todos los hermanos en el domicilio bajo la custodia de la madre que es la que siempre se ha encargado del día a día de los hijos, compatibilizándolo con su trabajo, siendo los motivos aducidos por el actor puramente económicos y no personales, utilizando el procedimiento para evitar el pago de la pensión de alimentos.

**SEGUNDO.-** Conforme a lo dispuesto en el artículo 90, párrafo penúltimo, del Código Civil, las medidas judicialmente adoptadas en los procesos de separación o divorcio, o incluso las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio, pero para ello será necesario, según señala el mismo precepto legal, que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias; en el mismo sentido, con carácter general, señala el artículo 775. 1, de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, que el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados, y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.



Por consiguiente, para que proceda la modificación de las medidas convenidas or los cónyuges o adoptadas en previa resolución judicial, es preciso: 1º) que haya existido, y se acredite debidamente, una modificación o alteración de las circunstancias enidas en cuenta por los cónyuges, o por el Juez, para la adopción de las medidas establecidas en el convenio regulador de la separación o del divorcio, o en la correspondiente resolución judicial, de tal manera que las existentes al tiempo de solicitar la modificación de aquellas medidas sean distintas de las existentes al tiempo de su adopción; 2º) que dicha modificación o alteración de las circunstancias sea sustancial, es decir, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o del divorcio, se hubieran adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía por lo que hace a las prestaciones económicas; 3º) que tal modificación o alteración de circunstancias no sea esporádica o transitoria, sino que se presente con caracteres de estabilidad o de permanencia en el tiempo; y 4º) a lo que ha de añadirse también que la referida modificación o alteración de circunstancias no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas, sustituyéndolas por otras que resulten más beneficiosas al solicitante.

Por otro lado, como ha señalado la doctrina, y de ello se ha hecho eco una reiterada jurisprudencia, el término "sustancial" que utiliza la norma es el elemento normativo básico y su interpretación debe realizarse de acuerdo con los siguientes parámetros: a) por alteración sustancial debe entenderse aquella de notoria entidad, con importancia suficiente para producir una modificación de lo convenido o de lo acordado judicialmente; b) que tales cambios o alteraciones sean imprevistos, de modo que surjan por acontecimientos externos al deudor, sin posibilidad de previsión anticipada, en términos de ordinaria diligencia; c) que tales alteraciones tengan estabilidad o permanencia en el tiempo, y no sean meramente coyunturales; d) que es indiferente que la situación anterior haya sido convenida mediante concierto de voluntades plasmada en convenio regulador de la separación o el divorcio, o bien impuesta judicialmente, porque de lo que se trata es de calibrar si se han producido variaciones o modificaciones sustanciales que hagan necesario un replanteamiento de las medidas; e) que si la alteración, aunque sea sustancial, ha devenido por dolo o culpa del que insta la modificación, no puede producirse su cambio o modificación; f) que en dichos cambios no puede perderse de vista que cualquier medida que afecte a un hijo menor de edad debe estar inspirada en el superior principio del "bonus filii" o "favor filii"; así lo consagra, en el marco de las normas fundamentales inspiradoras de nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 39 de la Constitución, lo que, a nivel de legalidad ordinaria, es desarrollado por los artículos 2 y 11.2, de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1.996, en cuanto proclaman el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, así como la supremacía del mismo en cuanto pauta de actuación de los poderes públicos, y con carácter más concreto los artículos 91 y 92 del Código Civil que, en los supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, establecen que las medidas judiciales serán adoptadas en beneficio de ellos; y g) por último, que dichas alteraciones sustanciales deben probarse cumplidamente ante los tribunales, incumbiendo sin duda alguna la carga de acreditar que ha existido alteración de las circunstancias y que ésta es sustancial a la parte actora, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 217. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**TERCERO.**- La cuestión que se plantea es la relativa a la guarda y custodia de la hija común menor de edad, puesto que con respecto a las gemelas [REDACTED] no se interesan medidas toda vez que las mismas alcanzarán la mayoría de edad el próximo [REDACTED] cuestión que debe resolverse conforme al artículo 92 del Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996, y de conformidad con la normativa internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el año 1959, que proclama que el niño, entre otros derechos, tiene el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad; la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, de 29 de mayo de 1967, establece que "en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en los procedimientos relativos a la custodia de estos, en caso de divorcio, nulidad y separación".

Por ello se hace preciso decidir la problemática suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo.

Conforme a lo anterior, no es necesario entrar en criterios relativos a la descalificación personal de los progenitores, cuando ello no es preciso, pues debe darse respuesta a dicha cuestión atendiendo al superior interés a proteger.

Sentada la anterior doctrina y normativa, y valorando la prueba practicada, no existe ningún motivo para revocar el pronunciamiento relativo a la custodia atribuida a la madre.

Sostiene el demandante que la menor ha manifestado de forma expresa su deseo de vivir con el padre y que la madre no tiene posibilidad de atender a la menor debido a su actividad laboral y a su conflictiva relación, proponiendo incluso en el acto de la vista la posibilidad de que la menor conviva con él mientras los hermanos mayores de edad continúan en el domicilio materno.

Las razones en las que se funda el progenitor no se consideran suficientes para apreciar la existencia de una variación sustancial de las circunstancias que justifique la modificación solicitada. Las referencias a la falta de atención de la madre respecto de la menor están vacías de contenido; practicada la exploración judicial, tal y como consta en el procedimiento, la menor manifestó expresamente su deseo de que las cosas continuasen como hasta ahora "aunque le gustaría ver más a su padre", que su madre nunca les deja solos, y que hay una persona que está en casa y que les cuida cuando su madre llega más tarde por motivos laborales, siendo unánime el sentir de todos los hermanos en cuanto a su deseo de permanecer unidos y el temor a separarse.

La voluntad de la menor debe ponerse necesariamente en relación con el informe pericial social emitido por D. [REDACTED] trabajador social adscrito al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de [REDACTED] quien en sus consideraciones periciales establece, entre otros extremos:

.. "La alternativa de custodia materna supone la continuidad en la vida de los hijos, que continuarían en el mismo lugar de residencia y manteniendo el mismo tipo de vida que hasta el momento, con supervisión de su madre y la cobertura de sus tardes por personal de servicio o profesores particulares.

.. La alternativa de custodia paterna es imprecisa, nada concreta, pero de inicio se apoyaría en la existencia de profesionales y la presencia de la actual pareja del padre. La actual situación de desempleo del padre le permite disponer de tiempo libre para un cuidado más directo de sus hijos, pero es una situación temporal y en cualquier caso el padre no ha aprovechado esta situación de libertad horaria para ejercer tareas de cuidado en mayor medida. Las hijas han mejorado mucho su relación con su padre, que es de confianza y cariño, pero su figura de referencia sigue siendo su madre, en cuanto a su cuidado y crianza, a pesar de las limitaciones horarias.

- Los hijos se muestran equilibrados en sus deseos y no manifiestan preferencia por uno u otro padre, lo que es una señal positiva sobre su relación con ambos, pero también denota miedo a dañar a sus progenitores y la relación con ellos.

- Los dos padres tienen capacidades y recursos personales para cuidar de sus hijos, pero la madre es la referencia en la historia familiar y los problemas de cobertura horaria de su alternativa de custodia parecen similares, históricamente en el padre, y su actual situación laboral introduce una indeterminación que impide evaluar este extremo para un futuro cercano.

.. La situación ideal para esta familia sería la del acuerdo y la cobertura entre los dos padres del tiempo de cuidado de sus hijos, con una buena comunicación de las necesidades de los cuatro hijos. Existe un deficiente rendimiento escolar (en las tres hijas menores de edad) y paradójicamente los hijos están más preocupados de la situación emocional de sus padres, que los progenitores de cubrir las necesidades y problemas que pueden estar provocando este rendimiento. Se propone por ello un reparto de los tiempos que provoque una mayor responsabilidad compartida de D. [REDACTED] y Da. [REDACTED]."

y concluye:

"UNA: La voluntad de los hijos es compartir el mayor tiempo posible con ambos padres y que éstos estén bien. No hay una inclinación clara hacia uno u otro padre.

DOS: Se recomienda a esa la custodia materna por las razones expuestas en las consideraciones. Con una ampliación del horario de visitas que podría incluir que los fines de semana alternos empiecen el jueves tras la jornada escolar y terminen el lunes con la entrega por el padre de las hijas en el propio colegio. Manteniendo la tarde y noche de los martes como horario de visitas entre padre e hijas.

TRES: Se aconseja a los padres que para futuros desacuerdos sobre cuestiones parentales, usen los Servicios de Mediación Familiar del Ayuntamiento de [REDACTED] como vía para mejorar la comunicación y llegar a acuerdos duraderos."

El perito, que ratificó íntegramente su informe, fue sometido a contradicción en el acto de la vista, donde a preguntas de las partes mantuvo sus consideraciones, explicando que el padre "no presenta una alternativa tan real y concreta como la madre" "no presenta un opción día a día", sino que alude a terceras personas y profesionales.



Destaca que su relación con los hijos ha sido "periférica históricamente", siendo a raíz de la separación cuando empieza a relacionarse más y mejor con los menores, obedeciendo al patrón de "padre tradicional", siendo la madre la que está pendiente del día a día, puntualizando para concluir que "no es lo mismo "no ocuparse" que "ocuparse con carencias"", siendo la falta de comunicación de los padres el principal problema de la hija menor de edad que no se solucionaría ni mucho menos con la separación de los hermanos.

Tanto el informe pericial expuesto, debidamente ratificado y sometido a contradicción en el acto de la vista, como la exploración de la menor y las declaraciones de ambos progenitores, ponen de relieve que no existe una variación sustancial de las circunstancias por falta de tiempo y atención de la madre para desempeñar la función de guarda y custodia que conlleve un perjuicio o perturbación para la menor con carencias significativas que hagan aconsejable el cambio solicitado, sino que lo que subyace es el problema económico que se instrumentaliza, atendiendo el progenitor demandante más a sus propios intereses que al interés prioritario de la hija común menor de edad, como pone de relieve el hecho de que afirme incluso la conveniencia de separarla de sus hermanos.

Por ello en atención a que la hija menor ha venido conviviendo con la madre y sus hermanos desde la separación, proporcionándole una estabilidad y continuidad, siendo su referente, que éste es el deseo de la menor y lo más conveniente según infirmita el trabajador social del Equipo Técnico adscrito al Juzgado por los motivos razonados en su informe y expuestos ut supra, que el Ministerio Fiscal se opone a la modificación, y que el deseo de la menor de "ver más a su padre" (exploración judicial) no se ve en modo alguno obstaculizado con el mantenimiento de la custodia materna, toda vez que cuenta con un régimen de visitas a favor del padre a cuya ampliación o variación la madre nunca ha puesto impedimentos, procede desestimar la modificación solicitada al no haberse acreditado un cambio objetivo de las circunstancias con la entidad suficiente para ello, no habiéndose acreditado que el cambio de custodia resulte objetivamente más beneficioso para la menor pues sus malos rendimientos parecen obedecer al conflicto familiar, debiendo ambos progenitores tener en cuenta ese interés superior a la hora de decidir y resolver las cuestiones que afectan a su hija, no pudiendo hacerla participe directa de su falta de entendimiento y comunicación ni trasladar su problema a una niña de trece años que depende totalmente de sus progenitores en todos los aspectos, tanto el personal como el económico.

**CUARTO.-** Dada la índole del presente procedimiento no procede hacer expresa imposición de costas.

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación

## FALLO

Debo desestimar y DESESTIMO la demanda de modificación de medidas promovida por la Procuradora de los Tribunales Da. Rosa [REDACTED]



Lirera, en nombre y representación de D. [REDACTED] asistido de la Letrado Da [REDACTED] contra Da [REDACTED] [REDACTED] representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco [REDACTED] y defendida por la Letrado Da [REDACTED] con intervención del Ministerio Fiscal, ABSOLVIENDO a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra, sin imposición de las costas causadas en el presente procedimiento.

Llévese testimonio de la presente resolución al procedimiento de Medidas Provisionales 89/2012 seguido ante este Juzgado.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que contra la presente sentencia cabe interponer Recurso de Apelación ante este Juzgado en el plazo de veinte días para su posterior decisión por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Se apercibe a las partes que es requisito imprescindible para la interposición del recurso de apelación la consignación como depósito de la cantidad de 80 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado, salvo que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita. Para efectuarlo deben indicar en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "recurso", seguido del "Código 02 Civil-Apelación".

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará certificación a los autos de que dimanara, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia en el día de su fecha por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública; doy fe.