



Roj: SAP V 821/2012  
Id Cendoj: 46250370102012100186  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Valencia  
Sección: 10  
Nº de Recurso: 1255/2012  
Nº de Resolución: 281/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA-ESPAÑA  
Tipo de Resolución: Sentencia

ROLLO Nº 001255/2011

SECCIÓN 10ª

**SENTENCIA Nº 281/12**

SECCIÓN DÉCIMA:

Ilustrísimos Sres.:

Presidente: D.JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA ESPAÑA

Magistrados/as:

Dª Mª PILAR MANZANA LAGUARDA

Dª. ANA DELIA MUÑOZ JIMENEZ

En Valencia, a veintitrés de abril de dos mil doce

Vistos ante la Sección Décima de la Itma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Modificación Medidas Contencioso nº 000060/2011, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 24 DE VALENCIA, entre partes, de una como demandante, Pio representado por la Procuradora Dª DESAMPARADOS BARBER PARIS y defendido por la Letrada CLARA E. MARCOS SAN FCO.BORJA y de otra como demandada, Blanca , representada por el Procurador D. FRANCISCO CERRILLO RUESTA y defendida por la Letrada Dª Mª.DEL MAR EVANGELIO LUZ. Siendo parte el MINISTERIO FISCAL.

Es ponente el Ilmo Sr Magistrado D. JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA ESPAÑA.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 24 DE VALENCIA, en fecha 21-7-11, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:"FALLO:Que estimando parcialmente la demanda sobre modificación de medidas paternofiliales planteada por D. Pio representado por la Procuradora Dª. Desamparados Barber Paris , contra Dª Blanca representada por el Procurador Francisco Cerrillo Ruesta, relativos a su hijo menor, Juan Pablo debo acordar las medidas siguientes: 1ª.- La atribución de la guarda y custodia compartida del hijo menor , Juan Pablo , a sus progenitores D. Pio y D. Blanca ejerciendo conjuntamente ambos progenitores la patria potestad (responsabilidad parental) sobre su hijo. Dicha guarda se desarrollará por períodos de una semana, de domingo a domingo, llevando cada progenitor al menor al domicilio del otro a las 20.00 horas del domingo. **Se acuerda en beneficio de su hija la conveniencia de la asistencia de los progenitores a un servicio de terapia y/o MEDIACION FAMILIAR , a los efectos indicados en esta resolución.** 2ª como regimen de visitas paternofilial dado el sistema compartido de guarda compartido de una semana alterna, se acuerda el consistente en que durante la semana en que cada progenitor no sea custodio recoja al menor Juan Pablo a la salida del colegio y, con pernocta, lo restituya al día siguiente al colegio a la hora de entrada, así como la mitad de los periodos vacacionales escolares, eligiendo los mismos Dª Blanca en los años apares y D. Pio en los impares, en caso de discrepancia, todo ello en beneficio e interés del menor. 3ª Cada uno de los progenitores procurará los alimentos del menor durante el periodo en que lo tenga, incluyendo ropa y demás gastos ordinarios, si

bien el resto de los gastos escolares ordinarios del hijo, como colegio y comedor serán abonados por ambos cónyuges, a cuyo fin abrirán una cuenta en la que ingresarán mensualmente: el esposo la suma de 300 euros y la esposa la suma de 150 euros. 4º Debiendo abonarse por mitad entre los progenitores los gastos extraordinarios que devengue su hijo, así cada progenitor sufragará la mitad de los gastos extraordinarios que devengue su hijo menor, tales como operaciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades etc. Siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente o sean autorizados por el Juzgado en caso de discrepancia entre los padres. Todo ello sin que proceda hacer una expresa imposición de las costas procesales del presente procedimiento."

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia por la representación procesal de la parte ambas partes se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día de hoy para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista, al no haberse practicado prueba.

TERCERO.- Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Procede el estudio en primer lugar del recurso de apelación de la custodia de la menor, al depender el resto de las medidas de esta, si bien debiendo hacer constar que la cuestión a dilucidar en esta alzada no es otra que la de valorar si los hechos invocados en el escrito de demanda han sido acreditados y si, en su caso, gozan de virtualidad suficiente como para postular la pretensión incidental a que se refiere el artículo 90 del Código Civil. Dicho precepto establece, que las medidas del Juez adopte en defecto de acuerdo o las conveniencias por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, lo cual significa que para la procedencia de la acción entablada con fundamento en dicho artículo, se habrá de justificar que los datos que en su día se tuvieron en cuenta a la hora de dictar la resolución cuya modificación se insta, han variado esencialmente, determinando con ello que exista un desajuste importante entre la situación regulada con la que se da en la actualidad.

SEGUNDO.- Sentado lo anterior, debe, asimismo, recordarse que, en estos procedimientos, muy especialmente, rige la carga de la prueba según la cual todo hecho trascendente en derecho que se quiera hacer valer ante los Jueces y Tribunales, ha de ser objeto de oportuna prueba, sin más excepción que la de tratarse de hechos notorios o que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal o hayan sido reconocidos, expresa o tácitamente, por la parte obligada a soportar sus consecuencias, y tal prueba corresponderá a quien del hecho a acreditar pretenda que se derive un derecho a su favor, o, por el contrario, la liberación de una obligación que resulte pactada a su cargo, o la que deba, conforme a derecho, hacer frente; de donde se infiere que el litigante que reclama ha de acreditar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, así como los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada, y su oponente el de los obstativos a la misma, lo que debe ser completado en el sentido de que la prueba incumbe al que afirma y no al que niega, en virtud del principio "incumbit probatio qui dicit, non qui negat", en tanto que los hechos negativos, salvo excepciones, no son susceptibles de demostración por su propia naturaleza.

TERCERO.- Teniendo, pues, en cuenta lo anteriormente expuesto, en los supuestos, como el de autos, en los que se pretende una modificación, por alteración de las circunstancias, se ha de ser especialmente exigente en cuanto a la probanza de tal alteración, ya que, en caso contrario, se está fomentando el que se firmen convenios con la plena seguridad de que, más tarde, fácilmente se logrará modificar el mismo.

CUARTO.- Entrando en el estudio de la custodia compartida solicitada debe recordarse que la Ley de Custodia Compartida Valenciana, que entró en vigor el 5-5-2011, fue suspendida con fecha 4-7-2011, alzándose la suspensión el día 3-12-2011, con lo cual, desde el día 4 de julio hasta el día 3 de diciembre del año 2011 no podía aplicarse, lo que implica que desde antes de la vista celebrada en la instancia - 20-7-2011 - hasta después de dictarse la sentencia 21-7-2011 -, al no estar en vigor no podía aplicarse la citada ley, y, en consecuencia, debe dilucidarse la petición de custodia compartida por las normas del Código Civil, pero no por las de la Ley 5/2011 de la Comunitat Valenciana.

QUINTO.- Así las cosas, en el caso de autos, respecto de la citada custodia compartida debe recordarse que la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que aparece publicada en el BOE núm. 163, de 9 de julio, contiene novedades sustanciales, algunas de ellas controvertidas, en materia de Derecho de Familia, entre las que se encuentra la posibilidad de acordar la custodia compartida, bien los propios cónyuges en el convenio regulador de los efectos de su ruptura, lo cual no es una novedad en absoluto, bien el Juez al tener que resolver en caso de

desacuerdo de los cónyuges siempre que sea solicitado por uno de éstos, lo cual tampoco constituye una novedad, pues en efecto ha debido resolver siempre que se le ha solicitado, otra cosa distinta es el contenido de su resolución, que en efecto y en caso de desacuerdo de los cónyuges ha sido siempre desfavorable a su establecimiento, por lo menos por lo que a esta Sala se refiere. En consecuencia, no constituye, pues, novedad real, pero sí lo constituye el que se regule legalmente como forma alternativa de custodia, pues lo cierto es que el Código Civil hasta la fecha sólo conocía de la custodia otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores por lo que esta nueva forma de custodia ha sido creada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de las concretas solicitudes de las partes.

En todo caso, la nueva ley establece la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sobre los hijos, siempre que se den una serie de requisitos que varían según ésta venga solicitada de común acuerdo por ambos cónyuges o sólo a instancia de uno de ellos. En este sentido, mientras el número 5 del art. 92 establece el que el Juez deberá acordarla cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento, en su número 8 establece el que aún sin acuerdo, el Juez podrá acordarla a instancia de una de las partes, con carácter excepcional y siempre que se den las siguientes circunstancias: 1º Que exista previo informe favorable del Ministerio Fiscal; 2º Que la resolución se fundamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor, 3º De la misma forma que cuando es solicitada por ambos cónyuges el Juez antes de acordarla, de oficio o a instancia de parte podrá recabar el dictamen de especialistas acerca de la idoneidad de la medida (art. 92.9). Finalmente se denegará siempre la custodia compartida cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por haber atentado contra la vida, integridad física, moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Y tampoco procederá cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

En el caso de autos debe tenerse en cuenta, pues, no sólo que debe aplicarse la legislación del Código Civil, sino, asimismo, que al tratarse, como se ha dicho, de una demanda de modificación de medidas, ha de estarse a lo que para las mismas se exige, es decir, la acreditación de una alteración sustancial de las circunstancias, y ciertamente en el caso de autos, a la vista del informe pericial obrante en autos necesariamente ha de mantenerse la custodia compartida habida cuenta la conveniencia para el menor de dicho tipo de custodia, estimando la Sala que, en estos casos, la alteración sustancial viene determinada por el propio informe que acredita tal conveniencia, por cuanto en materia de menores -cualquiera de las medidas que a los mismos afecten- incluso los Tribunales no vienen vinculados por las peticiones que sobre los mismos hagan las partes, pudiendo acordar de oficio las medidas que se estimen más pertinentes en beneficio de los mismos, lo que implica que cuando las partes han suscrito un convenio y el mismo es aprobado judicialmente en sentencia, si con posterioridad una de las partes interesa cualquier modificación relativa a su custodia, en puridad ya no es preciso acreditar el cambio sustancial de las circunstancias a que alude el Código Civil; pero es que, incluso, aunque se exigiese tal alteración, como se ha dicho antes, tanto la mayor edad del menor, por el simple transcurso del tiempo, como la existencia de un informe pericial que acredita la conveniencia para el mismo de una custodia compartida, son ya prueba bastante para tener por acreditada tal alteración, procediendo por ello confirmar la sentencia de instancia en este punto.

SEXTO.- En cuanto a la pensión alimenticia que recurre el actor debe recordarse que el único motivo de discrepancia lo es por la suma señalada a cada uno de los progenitores, alegando en su recurso el padre que en la actualidad ha sido despedido, y acerca de ello debe decirse que cuando menos causa sorpresa que la misma empresa de la que el actor aportó, como prueba de su disponibilidad para poder hacerse cargo del menor, un certificado donde así se recogía su horario flexible así como su contrato indefinido, el 20-12-2010, folio 27 de los autos, escasos meses después, justo antes de su recurso, el 26-9-2011, aporta su despido de dicha empresa, sirviéndole como causa para su recurso. La Sala estima que, pese a dicho despido, ello no es causa bastante para disminuir la suma señalada en la instancia habida cuenta que además de la percepción de la pertinente indemnización, tendrá el correspondiente subsidio de desempleo, lo que unido a su cualificación, hará que ello sea meramente coyuntural, sin que proceda desde ya señalar suma inferior, procediendo por ello la íntegra confirmación de la resolución de instancia, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

## FALLAMOS

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

Ha decidido:



Declaramos no haber lugar a los recursos de apelación interpuesto por la representación de Pio y por Blanca contra la sentencia de fecha 21-7-2011 dictada por el Juzgado de 1ª instancia nº 24 de Valencia cuya resolución confirmamos íntegramente sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

En cuanto a los depósitos consignados para recurrir, se declara su pérdida.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por interés casacional siempre que concurren las causas y se cumplimenten las exigencias del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en su caso, y acumuladamente con al anterior, recurso extraordinario por infracción procesal, en un solo escrito, ante ésta Sala, en el plazo de veinte días, contados desde el siguiente a su notificación, adjuntando el depósito preceptivo para recurrir establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre ; salvo que tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ