



Roj: **SAP V 2396/2014 - ECLI:ES:APV:2014:2396**

Id Cendoj: **46250370102014100350**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **10**

Fecha: **26/05/2014**

Nº de Recurso: **140/2014**

Nº de Resolución: **351/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA-ESPAÑA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO Nº 000140/2014

SECCIÓN 10ª

SENTENCIA Nº 351/14

SECCIÓN DÉCIMA :

Ilustrísimos Sres .:

Presidente:

D.ENRIQUE DE MOTTA GARCIA ESPAÑA

Magistrados/as:

D.CARLOS ESPARZA OLCINA

Dª OLGA CASAS HERRAIZ.

En Valencia, a veintiseis de mayo de dos mil catorce

Vistos ante la Sección Décima de la Iltma. Audiencia Provincial de Valencia, en grado de apelación, los autos de Modificación Medidas Contencioso nº 001142/2012, seguidos ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 9 DE VALENCIA, entre partes, de una como demandante, Carlos representado por el Procurador D. SANTIAGO GEA FERNANDEZ y defendido por el Letrado D. LUIS-IGNACIO AREGO CASADEMUNT y de otra como demandada, Adolfinia , representada por el Procurador D IGNACIO ZABALLOS TORMO y defendido por el Letrado D. Carlos . Siendo parte el MINISTERIO FISCAL

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUMERO 9 DE VALENCIA, en fecha 10-10-13, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:"Que estimando la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Carlos contra Dña. Adolfinia , se modifican las medidas acordadas en autos de Divorcio nº 903/2010 en los siguientes términos: 1) Se acuerda la custodia compartida de ambas partes sobre su hija menor, de implantación gradual, de manera que hasta el 1 de Septiembre de 2014 se mantienen las estancias con el padre en fines de semana alternos, que se iniciarán desde la salida del colegio a la entrada al mismo, siendo las visitas intersemanales con pernocta, recogiénola en el bus escolar.A partir de Septiembre que viene, la alternancia con cada progenitor será semanal, a contar del Viernes a la salida del colegio, con una pernocta los Miércoles.2) Se mantiene la pensión a favor de la menor a cargo del padre hasta la implantación de la custodia conjunta por semanas, momento en que cesará la atribución del uso de la vivienda familiar a la Sra Adolfinia , y ambos progenitores ingresarán en una cuenta bancaria las cantidades necesarias para atender los gastos domiciliados de la hija de colegio y actividades



convenidas por las partes o aprobadas judicialmente.3) La Sra Adolfinia abandonará la vivienda familiar en Septiembre de 2014.Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

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

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Recurre la demandada interesando la revocación de la sentencia de instancia y, consecuentemente, la desestimación de la demanda de modificación de medidas, por lo que procede en primer lugar el estudio de la custodia de la hija Clemencia de 5 años, y acerca de la custodia se ha de señalar con carácter general, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de fecha 6-9-2013, que las medidas establecidas a consecuencia de un procedimiento de divorcio pueden ser modificadas cuando varíen de modo sustancial las circunstancias que determinaron el establecimiento de las mismas, atendido el interés de los hijos, siendo la variación de circunstancias consecuencia de hechos nuevos y sobrevenidos, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil , lo que procesalmente se articula en el procedimiento de modificación de medidas en los términos del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sin que quepa sustituir por el cauce del procedimiento de modificación de medidas un régimen de custodia individual por otro de custodia compartida sin alegar ninguna alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al adoptar las medidas que se pretenden modificar, pues ello determinaría una pura revisión de lo acordado volviendo a examinar y valorar nuevamente la prueba practicada en el proceso anterior, ya que no se daría la alteración de circunstancias que sustantivamente permite la modificación de medidas.

SEGUNDO.- Cabe, sin embargo, la posibilidad de modificación de la medida de custodia individual por otra de custodia compartida por causa de la modificación de la legislación aplicable, lo que se produce en el ámbito de la Comunidad Valenciana por la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, pues, en definitiva, con esta regulación se modifican las reglas que regían con anterioridad la adopción de medidas y ello constituye una circunstancia sobrevenida que altera sustancialmente el rebus sic stantibus connatural y propio de las medidas adoptadas, lo que expresamente recoge la disposición transitoria primera de la citada Ley valenciana que establece la posibilidad de revisión judicial de las medidas definitivas adoptadas conforme a la legislación anterior, cuando expresamente se solicite la aplicación de la dicha norma respecto de casos concretos, refiriendo dicha revisión judicial sustantiva y por cambio de la regulación bajo la que se acordaron las medidas al procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas en un procedimiento de separación, nulidad o divorcio y con ello a la regulación procesal del artículo 755 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

TERCERO.- En suma, cabe afirmar que la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril , viene a establecer que la modificación sobrevenida de las reglas de derecho derivada de la regulación legislativa de la Ley valenciana permite la revisión judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación anterior, respecto de casos concretos y cuando alguna de las partes o el Ministerio fiscal lo soliciten, mediante el procedimiento de modificación de medidas definitivas acordadas con arreglo a la legislación anterior en procesos de separación nulidad o divorcio con base a la modificación legislativa de las reglas contenidas en la nueva legislación valenciana, pues en definitiva la alteración de las reglas de derecho aplicables constituye una alteración de las circunstancias que llevaron a la adopción de uno u otro régimen de custodia.

CUARTO.- En consecuencia a lo expuesto se ha de señalar que la modificación de medidas definitivas acordadas con arreglo a la legislación anterior a la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, puede ser pedida en cada caso concreto al amparo de la modificación de las reglas para la determinación de la custodia producida por la dicha Ley valenciana de conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la misma, porque, en definitiva, la alteración del régimen legal aplicable para la determinación de uno u otro régimen de custodia constituye una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la adopción de las medidas definitivas cuya revisión procederá o no en función de la aplicación de la nueva legislación sustantiva aplicable, sin perjuicio ni merma de otras alteraciones de las circunstancias que puedan concurrir en orden a la modificación de las medidas definitivas, lo que lleva a que la modificación de medidas se pueda producir indistinta o conjuntamente por la aplicación de la nueva regulación legislativa, o por otras alteraciones de las circunstancias tomadas en cuenta y existentes al tiempo de la adopción de las medidas definitivas.



QUINTO.- Ello comporta que la entrada en vigor de la nueva regulación legislativa autonómica constituye circunstancia que altera, por si misma, las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas, en tanto en cuanto que el régimen jurídico aplicable resulte distinto al que regía en el momento de la adopción de las medidas definitivas, lo que lleva al examen -concreto y en cada caso- de si el régimen jurídico sustantivo establecido por la Ley valenciana comporta de su aplicación un resultado distinto al producido con arreglo al régimen legal anterior y por tanto la revisión de las medidas definitivas adoptadas con arreglo al nuevo régimen legal.

SEXTO.- Acerca de la infracción del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, invocada en el recurso se ha de señalar que el dicho precepto establece en su punto 2 que la autoridad judicial "Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos.", estableciendo asimismo, en su punto 3, los factores que se han de tener necesariamente en cuenta para la aplicación de este régimen general de custodia compartida, lo que convierte en criterio prevalente el régimen de custodia compartida, como se recoge asimismo en el exposición de motivos de esta Ley, resultando excepcional el régimen de custodia individual en los términos del punto 4 del dicho precepto que establece que "La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan.", invirtiendo el principio de excepcionalidad del régimen de custodia compartida a falta de acuerdo de las partes en los términos del punto 8 del artículo 92 del Código Civil, en relación en cuanto la modificación de medidas con lo establecido en el artículo 91 del mismo texto legal, que tradicionalmente ha venido aplicándose en la doctrina jurisprudencial que recientemente ha evolucionado a pronunciamientos en los que se consideran con arreglo al derecho común ambos regímenes normales interpretando que la excepcionalidad del artículo 92 del Código Civil se refiere sólo a la determinación judicial del régimen de custodia a falta de acuerdo de las partes como recogen, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo nº 323/2012, de 25 de mayo, y la 579/2011, de 22 de julio, recogida en la anterior.

SEPTIMO.- Ello comporta que en la nueva regulación legal el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual o monoparental requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, atendidos los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, con base a los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente asimismo expresamente recogidos en la Ley valenciana, lo que ni siquiera se ha intentado acreditar en el caso de autos por la ahora recurrente.

OCTAVO.- Asimismo la demandada, en su recurso, no tiene en cuenta que el régimen de convivencia compartida es el ordinario quedando el régimen de convivencia individual como excepcional, sin que tenga en cuenta los contenidos específicos del régimen de convivencia individual que acuerda y que se contienen junto a los del régimen de convivencia compartida en el artículo 3 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, infringiendo -como se ha señalado antes- las exigencias que para acordar tal régimen de convivencia individual establece el artículo 5.4 de la dicha Ley valenciana.

NOVENO. - En suma la parte recurrente no se atiene a las reglas establecidas para procurar el bienestar del menor a aplicar al caso, sin que nada se diga acerca de la convivencia de la menor con su madre y las demás circunstancias que sirvan para conocer que efectivamente el régimen excepcional de convivencia individual son los mas razonables y se ajusten al dicho interés superior de la menor, en los términos de la doctrina jurisprudencial - sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo nº 823/2012, de 31 de enero de 2013, recurso nº 2248/2011 - y de las reglas establecidas en la legislación autonómica, ponderando los factores que para determinar el régimen de convivencia que expresamente establece la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, en su artículo 5.3 y la regla general de convivencia compartida establecida en el punto 3 del dicho precepto.

DÉCIMO.- Se ha de concluir pues que el interés superior de la menor se ha integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado y atendiendo en el ámbito de la Comunidad Valenciana lo dispuesto en la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que establece como régimen general de convivencia el de convivencia compartida -artículo 5.2- y como régimen excepcional el de custodia individual y como tal de particular concreción del interés de menor en cada caso - artículo 5.4 -, todo ello en los términos de la definición de ambos de la propia norma legal -artículo 3- todo ello ponderado en función de los factores de decisión que expresamente reseña la norma legal en su artículo 5.3.

UNDÉCIMO.- En definitiva y en consecuencia a lo expuesto se ha de estimar que las alegaciones contenidas en el recurso no atienden al interés superior de la menor en los términos legalmente establecidos de ponderación



y excepcionalidad del régimen de custodia individual que viene a establecer la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, con infracción de lo establecido en el artículo 5 de la misma, por lo que procede mantener la sentencia de instancia en este punto, sin que la existencia de malas relaciones entre ambos progenitores sea causa bastante para no acordar una custodia compartida, ya que de accederse a ello daría lugar a que bastaría la simple alegación de dicha causa, fuese o no real, para no poderse dar lugar nunca a la custodia compartida

A la vista de la anterior doctrina no existe causa alguna que aconseje, siquiera, no acordar en el caso de autos la custodia compartida habida cuenta la absoluta idoneidad tanto de ambos progenitores para ostentar por separado la custodia individual como para compartir la misma, lo que debe llevar a mantener la custodia acordada en la instancia dado el beneficio que la misma va a comportar para la hija que se verá así cuidada por ambos progenitores desde su más pronta niñez, sin ni siquiera haber tenido tiempo para considerar a uno de los progenitores como alguien casi extraño al que solo percibe como un visitante esporádico.

DUODÉCIMO.- Resuelto lo anterior debe entrarse en el estudio de las peticiones que de forma subsidiaria interesa la recurrente caso de mantenerse la custodia compartida: 1.000 euros de pensión alimenticia, que el padre pague directamente la totalidad de los gastos del colegio y que el uso de la vivienda sea hasta la mayoría de edad del menor.

DECIMOTERCERO.- En cuanto a la pensión alimenticia debe decirse que en los supuestos de custodia compartida, los denominados gastos usuales de alimentación: ropa, comida etc, excluidos los de colegio, deben ser siempre a cargo de ambos cuando ambos tienen medios económicos bastantes para ello, aun cuando dichos medios sean distintos; en el caso de autos, es cierto que los medios de uno y otro son distintos - mayores en el esposo- pero tal diferencia no impide que cada progenitor pueda atender perfectamente a su hija en los períodos en que con el esté, lo que hace innecesario señalar una pensión alimenticia a cargo del esposo.

Cuestión distinta es la relativa a los gastos de colegio y extraordinarios, pero ahí la sentencia, atendiendo precisamente, a esa diferencia de ingresos, ya ha señalado una proporción distinta entre ambos progenitores, entendiendo la Sala adecuada dicha proporción, por lo que igualmente debe mantenerse lo resuelto en este concreto punto.

DECIMOCUARTO.- En cuanto al uso de la vivienda estima la Sala que debería haber bastado a la recurrente los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, a la que nada puede añadirse so pena de reiteración; en efecto, no puede olvidarse que tanto fuese aplicable el Código Civil, como la Ley Valenciana, en ambos supuestos necesariamente se había de llegar a lo acertadamente adoptado por la Sra. Juez de instancia, tanto por el dato de ser la citada vivienda privativa del esposo, como por el hecho de poseer la esposa una vivienda en Valencia, lo que hace incuestionable tal acertada limitación temporal, máxime cuando, además, la custodia es compartida.

DECIMOQUINTO.- No procede 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 al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Adolfinia , sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

En cuanto al depósito consignado 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.