

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
VALENCIA**

NIG 46250-31-2-2013-0000005

Rollo Civil nº 2/2013

SENTENCIA Nº 9 /2013

Excma. Sra. Presidenta

D^a Pilar de la Oliva Marrades

Illmos. Sres. Magistrados

D. Antonio Ferrer Gutiérrez

D. Juan Climent Barberá

D. José Francisco Ceres Montes

D^a M^a Pía Calderón Cuadrado

En Valencia a seis de septiembre de dos mil trece.

Visto por el Pleno de esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, integrada por los Magistrados del margen, el Recurso de Casación Civil interpuesto por D. _____ contra la Sentencia de Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia número 773/12, de fecha 22 de noviembre de 2012, resolutoria de recurso de apelación formulado por D^a _____ correspondiente al rollo 818/2012, formulado contra la sentencia de 17 de abril de 2012

recaída en los autos de medidas de hijos extramatrimoniales nº 1336/2011, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Gandia (antes mixto 2), en los que fue demandante D. _____ y demandada D^a _____, habiendo sido parte recurrida en este recurso de casación la de D^a _____, representada por el Procurador de los Tribunales D. José María Frau Zocar, bajo la dirección letrada de D^a Vicenta Ahuir Vives habiendo comparecido asimismo como parte el Ministerio fiscal .

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Juan Climent Barberá, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por D. _____, representado por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Juan Lacasa, se presentó ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gandia demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio contra D^a _____, de fecha 18 de febrero de 2009 dictada en autos de divorcio de mutuo acuerdo 6/09, en lo que afecta al régimen de guarda y custodia inicialmente fijado, pidiendo que sea sustituido por un régimen de custodia compartida en régimen de alternancia semanal y subsidiariamente se amplíe el régimen de visitas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite dicha demanda y hecho el emplazamiento en legal forma, se personaron en los autos la parte demandada y el Ministerio fiscal y contestaron a la demanda, oponiéndose a la misma la demandada, pidiendo su desestimación, y formulando demanda reconvenzional en cuanto a la pensión de alimento, e interesando el Ministerio fiscal se dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas.

TERCERO.- Seguido el pleito por los trámites del procedimiento de divorcio contencioso y tras la práctica de las pruebas que estimó pertinentes el titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de los de Picassent, en fecha 21 de febrero de 2012, se dictó sentencia, aclarada por auto de 3 de abril de 2012, cuyo fallo era del siguiente tenor literal:

“1.-Estimar la demanda de modificació de mesures de divorci que el señor ha dirigit contra la senyora substituint les mesures fixades en la sentència de divorci por les següents:

-S’atribueix la guardia i custodia del fill del matrimoni de manera compartida als dos progenitors, per setmanes, de manera que el menor passarà amb el pare la setmana que ell no treballa i amb la mare la setmana que treballa al pare. El diumenge abans de les 19 hores el pare acudirà al domicili de la mare a Gandia a recollir al menor i el reintegrarà al domicili de la mare el diumenge següent a la mateixa hora.

-Es deixen sense efecte el règim de visites i la pensió d’aliments fixades en la sentència de divorci.

-Es manté la resta de mesures fixades en la senència de divorci, en particular les relatives als domicilis dels ex – esposos, exercici conjunt de pàtria potestad, no establiment de pensió compensatoria i liquidació del règim econòmic matrimonial.

2.- Declarar que ha quedat sense objecte la demanada de modificació de mesures de divorci que la senyora ha dirigit contra el senyor

3.- No imposar expresamente a cap de les parts el pagament de les costes processals.”

CUARTO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la Procuradora de los Tribunales D. José María Frau Zocar, en nombre y representación de D^a se interpuso recurso de apelación, pidiendo la estimación del recurso la revocación de la sentencia apelada, acordando la vigencia de la sentencia de divorcio, modificando el régimen de visitas a favor del padre.

QUINTO.- Admitido a trámite dicho recurso y substanciado con arreglo a Derecho, la representación procesal de la parte demandada de D. se opuso al recurso, pidiendo se dicte sentencia declarando no haber lugar al recurso y confirmando la resolución de instancia. Asimismo por el Ministerio fiscal se formuló escrito oponiéndose al recurso de apelación solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEXTO.- Elevadas las actuaciones a la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, por la Sección Décima de la misma se dictó Sentencia de Sección Décima número 773/12, de fecha 22 de noviembre de 2012, cuyo fallo dice literalmente:

“1º) Estimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia numero 2 de Gandia el día 17 de abril de 2012.

2º) Revocar la citada sentencia para declarar que el sistema de guarda y comunicación paterno filial será el pactado por las partes en el convenio regulador del divorcio, con las modificaciones consistentes en que el actor podrá estar con su hijo una tarde entre semana, que a falta de acuerdo será la de los miércoles, desde la salida del colegio a las 20 horas, momento en el que deberá ser restituido a su domicilio, que las estancias con el padre en los fines de semana alternos empiece a las 19 horas del viernes y acabe a las 20 horas del domingo, y que los “puentes” se unan al fin de semana correspondiente.

3º) No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

4º) La estimación del recurso conlleva la devolución, en su caso y en su momento, al recurrente del depósito constituido en su día previo a la interposición del mismo.”

SEPTIMO.- Contra la anterior sentencia, dentro del plazo legal, por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Juan Lacasa en nombre y representación de D. , se presentó recurso de casación por interés casacional contra la referida Sentencia de la Audiencia Provincial, fundado en dos motivos de recurso, el primero en la existencia

de interés casacional y el segundo en la infracción de la disposición transitoria primera y el artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, en particular en cuanto a la no consideración del informe pericial favorable a la custodia compartida y la aplicación del principio de *favor filii* hechas por la sentencia recurrida, pidiendo se dicte sentencia por la que, estimando el recurso de casación, case y anule la resolución impugnada y resolviendo sobre el fondo, declare el régimen de convivencia compartida respecto del hijo menor; el recurso se tuvo por interpuesto, emplazándose finalmente a las partes a fin de que en el termino de 30 días comparecieran ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

OCTAVO.- Remitidas y recibidas en esta Sala la causa, el Rollo Civil de apelación y las certificaciones prevenidas en la ley, por Diligencia de Ordenación se acordó registrar y abrir el correspondiente Rollo de Casación, y se turnó la ponencia conforme al turno I Civil correspondiendo la designación al Ilmo. Sr. Magistrado Don Juan Climent Barberá, disponiéndose que se diera cuenta, comparecidas que fueron todas las partes y el Ministerio Fiscal.

NOVENO.- Tras ello, se dictó auto de 14 de febrero de 2013, por el que se declaró la competencia y se admitió a trámite el recurso de casación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Juan Lacasa en nombre y representación de D. , tras lo que por diligencia de ordenación se dispuso dar traslado al Ministerio fiscal y a la parte recurrida, para que formalizaran en su caso su oposición al recurso pudiendo alegar las causas de inadmisibilidad del recurso que consideren existentes.

DECIMO.- En evacuación de trámite conferido, el Ministerio fiscal formuló escrito de alegaciones tratando con carácter previo acerca de la admisibilidad del recurso y entrando después en el examen de los motivos del recurso, planteando inicialmente la constitucionalidad de la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011.

En primer lugar, tras un amplio examen de los supuestos planteables, alega y examina la posibilidad de pedir la modificación de medidas sustituyendo el régimen de guarda y custodia por el de custodia compartida, aun sin alegar ninguna alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al adoptar la inicialmente establecidas en aplicación de lo dispuesto en la dicha disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, sin perjuicio de ser este el procedimiento adecuado cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias con arreglo al derecho común, cual es la edad del menor en el presente caso.

En segundo lugar, acerca de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en punto a la infracción del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, alega: a) que la afirmación de la sentencia de que no es suficiente la entrada en vigor de la Ley autonómica para llevar a cabo la modificación de régimen pactado es asumible en los términos de la disposición transitoria primera de la misma en cuanto que debe producirse respecto de casos concretos, b) respecto de la afirmación de la sentencia de que el informe pericial es un informe de parte y que en él no se ha oído a la madre, alega que así ha sido, siendo cuestión distinta si ello ha ocurrido por voluntad reticente y obstruccionista de acudir al psicólogo o por una mala fe procesal de impedir su asistencia de quien propone y aporta pericial de parte, sin que la sentencia se plantee porqué no fue examinada la madre ni diga que la causa fue su voluntaria inasistencia, como se desprende del recurso de apelación de la madre en el que nada alega sobre su posición de *inaudita parte* en el examen del perito; c) acerca de la distancia entre las poblaciones en que habitan los progenitores, que no considera motivo bastante para la exclusión de la aplicación del régimen jurídico prevenido en la Ley valenciana, que invierte los términos del modelo establecido en el artículo 92 del Código Civil, convirtiéndose la custodia compartida en el criterio prevalente, lo que determina que, en los términos del artículo 4.b) de la dicha Ley autonómica – se ha de entender que se refiere en realidad al artículo 3.b)-, para que se pueda determinar la guarda y custodia de uno solo de los progenitores se deberán tener en cuenta informes sociales, médicos, psicológicos y los demás que procedan, sin que por la sentencia recurrida se hayan tenido en cuenta ninguno de estos informes, porque no los había y en el caso del que

había –el informe psicológico- porque lo ha desechado como ya ha señalado, concluyendo que procede casar la sentencia por este motivo por haber infringido la sentencia de instancia las exigencias prevenidas en el artículo 5.4 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, para acordar el régimen de guardia y custodia individual para garantizar el interés superior del menor.

En tercer lugar acerca del informe pericial y la carga probatoria alegada por el recurrente, alega el Ministerio fiscal que ya ha dado respuesta a ello en el punto anterior si bien considera que la vía adecuada para su alegación sería el recurso extraordinario por infracción procesal por la vía del ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin confundir la carencia de prueba con la valoración de una prueba efectivamente practicada, la modificación de oficio del régimen de guarda y custodia cabe en los términos de la doctrina del Tribunal Constitucional, y la carga probatoria impuesta a la autoridad judicial para la atribución del régimen de guarda individual se deriva de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley valenciana , lo que en el caso de la sentencia recurrida la ausencia de los informes requeridos y el desechar el informe psicológico por inasistencia voluntaria de la madre comporta que tenga vedado eludir el régimen prevalente de custodia compartida.

En cuarto lugar acerca del principio de *favor filii* plantea el contenido que ha venido dando al concepto jurídico indeterminado del interés de menor la doctrina del Tribunal Supremo acerca del dicho principio de interés del menor o *favor filii* como determinante de la adopción o no del régimen de guarda y custodia compartida y alegando que la sentencia recurrida entra en contradicción con tal doctrina aún en los términos de la propia regulación común, ignorando la conformación del régimen de custodia compartida que establece la Ley valenciana fijando este régimen de custodia compartida como régimen ordinario y la guardia y custodia individual como régimen excepcional, e infringiendo las exigencias del artículo 5.4 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, que condiciona la atribución del régimen de convivencia individual a que se hayan tenido a la vista los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan, no respetando por tanto la sentencia recurrida el superior interés del

menor en los términos de la Ley Valenciana, ni las exigencias de la doctrina del Tribunal Supremo.

Concluye el Ministerio Fiscal, en consecuencia a lo expuesto en su escrito, la procedencia de la estimación del recurso de casación interpuesto.

UNDECIMO.- Por la representación procesal de la parte recurrida de D^a se formuló escrito de oposición al recuso de casación, en el que alega pormenorizadamente sobre cada uno de los motivos del recurso de casación formulado, en primer lugar, respecto del interés casacional, que la decisión del recurso se reduce a resolver una cuestión exclusivamente jurídica y debe ceñirse a valorar la concreta contradicción con la doctrina jurisprudencial o a interpretar la norma sobre la que no exista tal doctrina, debiendo reconducirse toda denuncia expresa o tácita de infracción de normas reguladoras de actos procesales al recurso por infracción procesal; en segundo lugar, respecto de la infracción de la disposición transitoria primera de la Ley 5/2011, alega que no concurre el cambio de circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia de divorcio, pues la sentencia recurrida resuelve en aplicación del principio del *favor filii* y no por no concurrir el cambio de circunstancias que pretende el recurrente, pues la Ley Valenciana permite la revisión judicial de las medidas adoptadas con arreglo a legislación anterior en la dicha disposición transitoria 1^a, lo que no significa el automatismo en la atribución de la guarda y custodia compartidas, pues la dicha Ley en su artículo 5 permite la excepción de la regla general de custodia compartida mediante la ponderación del juzgador de cuál de los regímenes de custodia es el más adecuado para garantizar el interés superior del menor; en tercer lugar respecto de la infracción del artículo 5 de la Ley 5/2011, considera que no concurre tal infracción ya que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta lo dispuesto en el apartado e) del dicho artículo 5 ya que el especial arraigo lleva implícito el hecho de los que los progenitores no se encuentren muy distanciados y la custodia compartida supone el desarraigo del menor al vivir el padre y recurrente en Denia y la madre Gandia y por tanto se ha tenido en cuenta el interés de menor; en cuarto lugar, respecto del informe pericial y la carga probatoria alega que el informe pericial no ha

examinado la unidad familiar, el juzgador puede resolver en contra de lo informado por el perito, se han constatado en autos los hechos probados que sido tenidos en cuenta en la resolución y además que los criterios interpretativos de la prueba de las sentencias dictadas no pueden ser resueltos a través del recurso de casación sino el de infracción procesal; y en quinto lugar acerca del principio del *favor filii* alega que el propio artículo 5 de la Ley Valenciana recoge que se ha de tener en cuenta dicho principio, y el motivo del recurso en cuanto refiere a los criterios interpretativos de la prueba no pueden ser resueltos a través del recurso de casación sino el de infracción procesal, que al no haber sido interpuesto no pueden ser analizados por la Sala.

Termina su escrito la parte recurrida pidiendo se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de casación interpuesto de contrario manteniendo en su integridad la resolución recurrida con expresa imposición de costas al recurrente.

DUODÉCIMO.- No habiéndose solicitado por ninguna de las partes la celebración de vista se dictó diligencia de ordenación conforme a lo dispuesto en el artículo 486 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la que se dispuso dar cuenta a la Sala para la determinación de si procede la celebración de vista o en su caso para señalar para la votación y fallo del recurso.

DÉCIMOTERCERO.- La Sala dictó Providencia por la que, no habiendo solicitado la parte recurrente la celebración de vista y habiendo interesado expresamente el Ministerio fiscal y la parte recurrida la no celebración de la misma, no estimó conveniente la necesidad de celebración de la misma, señalándose para deliberación, votación y fallo del recurso en cuya fecha y en días sucesivos se ha procedido a la misma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La competencia de esta Sala respecto del conocimiento del recurso de casación, viene establecida en lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, competencia para el conocimiento de los recursos extraordinarios de casación que la ley establezca “*contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución*”.

Asimismo el artículo 478.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone, en coincidencia con el precepto anteriormente citado, que “*corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución*”.

Por último, el artículo 33.1 y 2 y del artículo 37.2 del vigente Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana prevé expresamente tal atribución competencial al hacer referencia, como competencia específica de esta Sala, al conocimiento de los recursos de casación “*en materia de Derecho civil foral valenciano*”.

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la Sala dictó auto de 14 de febrero de 2013, por el que estimó procedente la admisión a trámite el recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al venir el recurso referido a puntos o cuestiones de derecho especial valenciano sobre las que no existe doctrina de esta Sala en lo referente a la interpretación de la Disposición Transitoria primera y del artículo 5

de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, de menos de cinco años de vigencia.

TERCERO.- Aun cuando dicha resolución de admisión no es susceptible de recurso, cabe sin embargo la oposición a la admisión al comparecer ante el Tribunal de conformidad con lo establecido en el citado artículo 479.2 en su último párrafo, sin que el Ministerio fiscal se plantee en el escrito presentado óbice alguno a la admisión del recurso por interés casacional, ni la parte recurrida de D^a en su escrito de oposición al recurso plantee la inadmisión del recurso, si bien en este punto y como se ha reseñado antes formula sus consideraciones acerca del ámbito del recurso de casación en relación con el ámbito del recurso por infracción procesal que no se ha interpuesto en el presente caso, por lo que se ha de estimar el primero de los motivos del recurso en cuanto que referido a la estimación de la concurrencia del interés casacional en los términos en que se acordó la admisión del recurso.

CUARTO.- El segundo de los motivos del recurso se concreta en la infracción de la disposición transitoria primera y del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que se desarrolla separadamente respecto de cada uno de los dichos preceptos, y a su vez respecto del segundo de ellos –el artículo 5 de la dicha Ley valenciana- se desarrolla con especial referencia al informe pericial y la carga probatoria y el principio del *favor filii*.

QUINTO.- Respecto de la infracción de la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, se ha de señalar con carácter general 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.

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.

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.

SEXTO.- 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.

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.

SÉPTIMO.- Sentado que la modificación de régimen legal sobrevenido constituye alteración de las circunstancias existentes al adoptar las medidas definitivas que permite la revisión de las mismas en los términos de la disposición transitoria

primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, se ha de señalar que no cabe apreciar en la sentencia de apelación recurrida infracción de lo dispuesto en la dicha disposición transitoria, siempre que se interprete la expresión utilizada en la misma de que “no es suficiente la entrada en vigor de la ley autonómica para llevar a cabo la modificación pretendida”, en el sentido expresado en los fundamentos de derecho anteriores, esto es que la modificación sobrevenida del régimen legal aplicable constituye alteración sustancial de las circunstancias a los efectos de la modificación de medidas definitivas siempre y cuando en cada caso concreto el nuevo régimen jurídico aplicable determine la modificación de las medidas definitivas, y no se interprete en el sentido -como entiende el recurrente- de que la mera modificación del régimen legal no permite la modificación de medidas si no concurren otras circunstancias que alteren sustancialmente las adoptadas definitivamente.

OCTAVO.- Acerca de la infracción del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, invocada en el recurso de casación 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, Recurso 1395/2010, y la 579/2011, de 22 de julio, recogida en la anterior.

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.

NOVENO.- Procede pues examinar si la sentencia recurrida en casación, que se limita a revocar la sentencia de primera instancia porque la mera entrada en vigor de la Ley valenciana no determina el cambio de régimen de custodia acordado, porque no existe prueba que justifique la modificación de medidas y porque considera que la distancia entre las ciudades de residencia de los progenitores -Gandia y Denia- es un obstáculo al éxito de la custodia compartida, infringe las reglas del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, en especial si tiene en cuenta el carácter excepcional de la custodia monoparental y los requisitos legalmente establecidos para acordarla.

Respecto de la primera de las cuestiones, en punto a la incidencia de la entrada en vigor de la nueva regulación autonómica valenciana, ya se ha examinado y resuelto en los fundamentos de derecho anteriores referidos a la alegación de infracción de la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, siendo de reiterar el criterio interpretativo expuesto esto es que la entrada en

vigor de la nueva regulación constituye una alteración de circunstancias a efectos de modificación de medidas, que procederá o no en función de la aplicación sustantiva de las nuevas reglas para la determinación del régimen de custodia, en particular el carácter de regla general de la convivencia compartida y la excepcionalidad del régimen de convivencia individual, figuras estas definidas respectivamente en los apartados a) y b) del artículo 3 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

Respecto de las otras dos cuestiones – la inexistencia de prueba que justifique la modificación de medidas y la distancia entre los lugares de residencia de los progenitores- se examinan seguidamente siguiendo el orden del recurso de casación en punto al desarrollo del motivo segundo del recurso referido a la no consideración del informe pericial favorable a la custodia compartida y la aplicación del principio de *favor filii* hechas por la sentencia recurrida.

DECIMO.- El recurso bajo el epígrafe de informe pericial y carga de la prueba alega que la sentencia recurrida le impone una carga probatoria improcedente en el particular de que el informe pericial obrante no ha valorado a la madre y por tanto a toda la unidad familiar por cuanto ha sido la propia demandada la que no ha accedido a la realización de los exámenes y entrevistas correspondientes, con vulneración de la carga probatoria atribuyendo al recurrente una carga que no le corresponde pues ello debe ser exigible a la parte que solicite el régimen especial de convivencia individual y no para el régimen general que dispone la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril.

Respecto de la valoración y carga de la prueba que corresponde a una u otra parte se ha de señalar, como alega el Ministerio fiscal y alega la parte recurrida en cuanto a los criterios interpretativos de la prueba, que la vía adecuada para su alegación sería el recurso por infracción procesal, que no se ha interpuesto en el presente caso, si bien se ha de distinguir entre valoración de la prueba, falta de prueba y efectos de la misma en punto a la carga probatoria, en relación con los artículos 217 y 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la modificación de oficio del régimen de guarda

y custodia sin imposición de carga probatoria alguna a los progenitores como de desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2005, como alega el Ministerio fiscal.

Dicho lo anterior se ha de señalar en punto al informe pericial que la sentencia recurrida en casación excluye el tomar en cuenta el informe pericial producido en instancia en los términos reseñados –es informe de parte y no incluye el examen de la madre sin entrar en que la causa de tal ausencia es atribuible a la misma- lo que con independencia de las cuestiones procesales, en particular las dichas sobre la carga de la prueba y sus efectos que se pudieran plantear en un inexistente recurso por infracción procesal, infringe las reglas sustantivas del artículo 5.4 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, en cuanto a la excepcionalidad del régimen de convivencia individual o custodia monoparental que solo se puede acordar si se han tenido en cuenta los informes que requiere dicho precepto, pues no se trata de que lo valore de una u otra manera, sino que no lo toma en cuenta y siendo el único informe pericial existente en la causa resulta que acuerda el régimen de convivencia individual sin dar cumplimiento a las exigencias del referido precepto para acordar este régimen excepcional, es decir sin valorar ninguno de los informes que requiere del dicho precepto.

UNDECIMO.- Asimismo y por último el recurso bajo el epígrafe de principio del *favor filii* alega que la sentencia recurrida cuando señala que no es suficiente la entrada en vigor de la Ley autonómica sino que además es necesario para la modificación pretendida que esta responda al interés superior del hijo, dando a entender que no se ha tenido en cuenta el dicho principio de *favor filii*, sin tener en cuenta que el Juzgador de primera instancia considere que aun en el supuesto de aplicación del derecho Común o Código Civil procede igualmente el régimen de custodia compartida, habiendo informado el Ministerio fiscal con carácter favorable la custodia compartida, habiendo alcanzado el menor la edad de cinco años al tiempo de la interposición del recurso –nacido el 19 de julio de 2006-, no siendo óbice a la custodia compartida la distancia entre la residencia de los progenitores no superando el

desplazamiento entre ambas poblaciones los 30 minutos, tiempo análogo al empleado en los desplazamientos dentro de una ciudad como Madrid o Barcelona si los progenitores residieran en una de estas ciudades.

Las alegaciones del recurso en punto al principio de *favor filii* en lo que se refieran a la valoración de la prueba no pueden ser admitidas en tanto en cuanto tales cuestiones corresponderían un recurso ordinario o en su caso aun recurso extraordinario por infracción procesal, que -como ya se ha señalado- no se ha producido. Sin embargo sí cabe examinar, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2012, invocada por el Ministerio fiscal, las alegaciones que vienen referidas a la determinación y aplicación inadecuadas del principio de *favor filii* que realiza la sentencia recurrida en los términos de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril y en particular de su artículo 5.4, pues en definitiva el interés de menor es un concepto jurídico indeterminado y su revisión es posible en casación en tanto en cuanto que calificación jurídica, como alega el Ministerio fiscal.

DOUDECIMO.- La sentencia recurrida en casación se limita a señalar que no es suficiente para la modificación de medidas la entrada en vigor de la Ley valenciana sino que es necesario que esta responda al interés superior de hijo que ha de prevalecer como principio inspirador de todas las decisiones que se adopten con cita del artículo 3.1 de de la Convención de las Naciones Unidas sobre derechos del niño y el artículo 24-2 de la Carta sobre los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, señalando que la legislación autonómica, en su artículo 5.4, admite la asignación de la convivencia con el hijo a uno solo de los progenitores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y estima que no se ha probado que la prevalencia de ese interés superior exija el cambio del sistema de guarda, pues el informe pericial es de parte y no se examinó a la madre y la distancia entre las residencias de los progenitores -Denia y Gandia- es un obstáculo al éxito de la guarda y custodia compartida.

DECIMOTERCERO.- El superior interés del menor a que se remite la sentencia recurrida queda limitada la invocación retórica del mismo, que si bien se identifica en los textos que cita no aplica ningún criterio integrador del interés del menor ni explicita en que medida está mejor protegido dicho interés del menor en el sistema de custodia o convivencia individual que en el sistema de custodia compartida, sin expresar de forma clara -salvo la referencia a la distancia entre Denia y Gandia- las circunstancias que hacen más adecuado al interés del menor el régimen de custodia individual que el de custodia compartida, obviando el informe psicosocial favorable, la especial situación del padre y el dictamen del Ministerio fiscal. Tampoco pondera las consecuencias que se pudieran derivar del régimen de convivencia adoptado para la formación integral del menor, obviando asimismo las garantías y precauciones legales para asegurar el interés superior de cada menor tales como la posibilidad de controles periódicos, como alega el Ministerio fiscal.

Asimismo la sentencia 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.

En suma la sentencia recurrida 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 del 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 del 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.

DECIMOCUARTO.- Respecto de la referencia a la distancia entre las localidades de residencia de los padres que hace la sentencia recurrida, atendido que el menor reside y asiste al colegio en Gandia mientras que el actor vive en Denia y los cambios de ambiente del menor, lo que representa un obstáculo al éxito de la guarda y custodia compartida, cuestión esta que la parte recurrida, que no la sentencia, incardina entre los factores a tener en cuenta el juzgador para resolver el régimen de custodia en el reseñado en el artículo 5.3.e) de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril –“los supuestos de especial arraigo social, escolar y familiar”-, se ha de señalar que en la sentencia recurrida la mera referencia a la distancia –que no se concreta ni en tiempo ni en distancia- y su proyección a un cambio de ambientes –que tampoco se especifican-, en primer lugar, no se compadece con la necesidad de integración del contenido del superior interés del menor en cada caso, adoleciendo por tanto del carácter genérico de la invocación del mismo que hace la sentencia recurrida y en segundo lugar y en punto a la alegación de la parte recurrida, no da contenido a este factor legal de ponderación pues la simple referencia a los cambios de ambiente no integran un supuesto de especial arraigo, sin que las consideraciones de la parte recurrida acerca de la distancia, las actividades y horarios escolares y extraescolares, la existencia de una hermana nacida de una relación posterior, permitan estimar el superior interés del menor determinante de la excepción de la regla general legal de convivencia compartida en el presente caso, a más de que para la determinación del concreto interés superior del menor, que como se ha dicho obvia la sentencia recurrida, ni en las alegaciones de la parte recurrente se tienen en cuenta otros factores de ponderación del artículo 5.3 de la Ley valenciana, cuales son la edad la dedicación y capacidad de los progenitores, las posibilidades de conciliación de la vida familiar y laboral de los progenitores y su disponibilidad para mantener un trato directo con el hijo, en especial y particularmente la del padre solicitante de la modificación del régimen de convivencia.

DECIMOQUINTO.- Se ha de concluir pues que el interés superior de 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.

DECIMOSEXTO.- En definitiva y en consecuencia a lo expuesto se ha de estimar que la sentencia recurrida no atiende al interés superior del 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 estimar el motivo segundo del recurso en punto a la infracción del dicho precepto, en los términos que se han venido exponiendo en los fundamentos de derecho anteriores y procede por tanto casar la sentencia de apelación que se deja sin efecto alguno, y en su lugar desestimar el recurso de apelación, con el consecuente mantenimiento de la sentencia de primera instancia revocada en la sentencia de apelación.

DECIMOSEPTIMO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 384 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no cabe hacer pronunciamiento de condena en costas causadas en apelación ni en este recurso de casación, debiendo acordarse la devolución a los recurrentes el depósito constituido por los mismos.

En atención a lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la potestad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS

1º.- Estimamos, en cuanto a la infracción del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, y el superior interés del menor, el recurso de casación civil interpuesto por D. _____ contra la Sentencia de la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia número 773/12, de fecha 22 de noviembre de 2012, resolutoria de recurso de apelación formulado por D^a _____ correspondiente al rollo 818/2012, formulado contra la sentencia de 17 de abril de 2012 recaída en los autos de medidas de hijos extramatrimoniales nº 1336/2011, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Gandia (antes mixto 2).

2º.- Casamos la dicha sentencia de la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia número 773/12, de fecha 22 de noviembre de 2012, y la declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar reponemos la sentencia de 17 de abril de 2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Gandia, que será la aplicable al concreto supuesto de hecho.

3º.- Declaramos como doctrina de esta Sala en punto a la interpretación de la disposición transitoria primera de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que la entrada en vigor de la nueva regulación legislativa autonómica constituye circunstancia que altera por si misma las circunstancias bajo las que se adoptaron las medidas definitivas, en tanto en cuanto que el régimen jurídico aplicable de la dicha Ley resulte distinto al que regía en el momento de la adopción de las medidas definitivas, y por tanto permite la revisión de las medidas definitivas adoptadas con arreglo al nuevo régimen legal, en cada caso concreto y por vía de la modificación de medidas definitivas.

4º.- Declaramos como doctrina de esta Sala respecto del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto.

5º.- No ha lugar a la imposición de las costas de la apelación ni las de este recurso de casación; devuélvase a la recurrente el depósito consignado para la interposición de este recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la instrucción de que la misma es firme y que contra ella no cabe recurso alguno. Líbrese la correspondiente certificación de la presente sentencia y remítase a la Sección Décima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Valencia, con devolución de los Autos y del Rollo de Apelación que en su día fueren remitidos.

Así por esta nuestra sentencia del pleno de esta Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.