

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS FIJADAS EN SENTENCIA DE DIVORCIO: REQUISITOS DE PRUEBA Y NECESIDAD DE LA MISMA

CARLOS BELTRÁ CABELLO
Secretario Judicial

Palabras clave: divorcio, medidas definitivas, modificación de medidas, custodia compartida, pensión de alimentos.

ENUNCIADO

Por el procurador señor López López, en nombre y representación de don Javier R.R. se presentó demanda el 10 de octubre de 2008 de modificación de medidas definitivas fijadas en la Sentencia de divorcio de 2 de mayo de 2008, interesando la concesión de la custodia compartida en vez del régimen de visitas fijado en dicha sentencia de fines de semana alternos y dos tardes entre semana, así como la modificación de la pensión de alimentos, interesando su disminución, por cuanto el solicitante se encuentra en una situación de paro prolongado que le impide el abono de lo fijado.

Dado traslado a la parte contraria por esta se contestó a la misma oponiéndose a todo lo interesado por cuanto en aras del beneficio del menor y tratándose de un divorcio contencioso no procede otorgar la custodia compartida por el enfrentamiento existente entre los padres y en cuanto a la disminución de la pensión no consta acreditado en la demanda la alteración sustancial de la situación del progenitor alimentante que indiquen que la misma deba variar notablemente máxime cuando ha abonado todas sus obligaciones en el tiempo que manifiesta hallarse en paro.

CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Cuestión general acerca de la modificación de medidas.
2. Custodia compartida.
3. Pensión de alimentos.
4. Conclusión.

SOLUCIÓN

1. En primer lugar y puesto que se trata de una modificación de medidas debe recordarse que las medidas que el 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.

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.

En el presente supuesto en el que se pretende una modificación, por alteración de las circunstancias, se ha de ser especialmente exigente en cuanto a la **probanza de tal alteración**, máxime, además, cuando no han transcurrido casi ni seis meses desde que se dictó la sentencia que ahora se pretende modificar.

2. Por lo que respecta a la **custodia compartida** debe señalarse que salvo supuestos puntuales, que pudieran presentarse, que pudiesen aconsejarla, la no concesión a los padres en situaciones de separación o divorcio, de la guardia y custodia compartida de los hijos, estableciéndose que se considera la medida dentro del Derecho de familia español como excepcional, tanto es así que el propio legislador, sin prohibirla expresamente, no ha contemplado tal posibilidad, y así el artículo 92 del Código Civil, concretamente en su párrafo tercero, alude a la decisión que tomará el juez acerca de cuál de los progenitores tendrá a su cuidado los hijos menores, sin que esto sea óbice para que el ejercicio de la patria potestad sea compartida en orden a tomar decisiones de cierta trascendencia que, afectando a los hijos, puedan adoptarse de común acuerdo, sin que el progenitor que no convive con los hijos se vea privado del conocimiento de aquellas, debiendo valorarse en igual medida sus opiniones que las de aquel que les tenga en su compañía.

Mas la guarda y custodia no tiene su contenido en la adopción de medidas de tanta trascendencia, sin que ello suponga restarle valor a tan importante función, sino que la misma se desenvuel-

ve en un quehacer más cotidiano y doméstico, que sin lugar a dudas también contribuiría a la formación integral del hijo y que difícilmente podrían compartirse por quienes no viven juntos, lo que supondría de admitirse otra tesis, una invasión de la esfera privada de un progenitor en la del otro, o en otro caso un continuo peregrinaje de los hijos de un hogar al otro, siendo, entonces, más correctamente denominarla en este supuesto, custodia periódicamente alternativa.

No hay motivos de entidad jurídica suficiente que permitan amparar la pretensión revocatoria formulada, ni declarar, en modo alguno, la vulneración, con el pronunciamiento impugnado, del artículo 14 de la Constitución Española, pues la mayoría de las decisiones judiciales sobre guarda infringen dicho principio constitucional, al ser inviables soluciones de guarda compartida ante la crisis convivencial de los progenitores, uno de los cuales, según se sostiene, siempre acabaría marginado, con independencia de su sexo, siendo el derecho a proteger el artículo 39 de dicho texto fundamental, en armonía con el citado artículo 92 del Código Civil, y 2.º de la reciente Ley de Protección Jurídica del Menor, derecho que ha de superponerse a cualquier otro interés, aún perfectamente legítimo subyacente en la litis.

Por tanto, en el caso planteado, no procede acordar la custodia compartida interesada por la parte recurrente, sin que, asimismo, pueda ampliarse el régimen de visitas señalado al ser este ya muy amplio y no estimarse beneficioso para los hijos ampliarlo aún más, máxime cuando ni siquiera existe un dictamen pericial que aconseje tales medidas a diferencia del emitido en el procedimiento anterior que se pretende modificar.

3. En cuanto a la **pensión alimenticia** debe recordarse que la determinación de la cuantía de los alimentos, proporcionada *al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe* (art. 146 CC), es facultad del juzgador de instancia.

A efectos de la fijación de alimentos, lo que el artículo 146 del Código Civil tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación con el patrimonio de quien haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del tribunal de instancia, relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado «mínimo vital» o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad.

En el caso que nos ocupa, no se discute la pertinencia de la pensión por alimentos, sino su cuantificación, por lo que, tomando en consideración las necesidades del menor así como las posibilidades económicas del padre, estima la Sala, al igual que el juzgador de instancia, que no se puede seriamente apreciar la **alteración de circunstancias** que se alega por el mismo, máxime cuando ni se entiende, ni se comprende, que se pueda estar en situación de paro tanto tiempo ya que cabrá preguntarse de qué vive o ha vivido durante tanto tiempo, lo que evidencia la no realidad de tal situación, debiendo recordarse que debe ser el obligado a prestar alimentos, al tratarse de alimentos para hijos menores, el que cumplidamente, acredite la realidad de sus ingresos, sobre todo cuando lo pre-

tendido es una modificación de medidas acordadas tan recientemente, por lo que procede la desestimación del recurso con imposición de las costas a la parte recurrente.

4. 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.

SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:

- Constitución Española, art. 14.
- Código Civil, arts. 92 y 146.
- Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor), art. 2.º.
- SSTS de 16 de noviembre de 1978 y 28 de septiembre de 1989.
- SSAP de Valencia, Secc. 10.ª, de 23 de abril de 1996 y 20 de septiembre de 2007.