



Roj: **STS 3855/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3855**

Id Cendoj: **28079110012019100624**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2019**

Nº de Recurso: **739/2019**

Nº de Resolución: **637/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18826/2018,**
STS 3855/2019,
AATS 2417/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 637/2019

Fecha de sentencia: 25/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 739/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 739/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 637/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 25 de noviembre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos sobre Modificación de Medidas n.º 219/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Epifanio, representado ante esta sala por el procurador de los Tribunales don José Manuel Fernández Castro; siendo parte recurrida doña Mariana, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Lucía Gloria Sánchez Nieto. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La representación procesal de don Epifanio, interpuso demanda de modificación de medidas definitivas contra doña Mariana, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara:

"...Sentencia por la que se sirva modificar dicho régimen en la siguiente forma:

"1º.- Establecer la guarda y custodia compartida, que se ejercerá por semanas completas, desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente por la mañana que se dejará a las menores en éste.

"2º.- Con carácter subsidiario, se modifique el régimen de visitas, estableciéndose por semanas alternas y completas, desde el lunes a la salida del colegio, hasta el lunes siguiente por la mañana que se dejará a las menores en éste.

"3º.- Que cada progenitor asuma, en ese periodo semanal, los gastos corrientes y diarios de las menores, siendo los extraordinarios al cincuenta por cien previa acreditación de su importe.

"4.- Que se mantengan el resto de las medidas recogidas en el convenio aprobado por la sentencia."

1.-2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte

"...sentencia en donde se desestime íntegramente la demanda, si bien, en interés de las menores se deberá adaptar el régimen de visitas y comunicaciones expresado en el numeral 2 del Fallo a los periodos de efectivo descanso laboral del progenitor no custodio, con expresa imposición de costas a la parte contraria por su mala fe."

1.-3.- El Ministerio Fiscal contestó asimismo la demanda.

1.-4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando la pretensión principal planteada por la Procuradora Sra. Vidal Bodi en representación de Don Epifanio contra Doña Mariana declaro haber lugar a la modificación de medidas interesada y en consecuencia formulo los siguientes pronunciamientos:

"1) La guarda y custodia de las hijas comunes será compartida por ambos progenitores por semanas alternas, de lunes a lunes a la salida del colegio salvo que fuere festivo en cuyo caso se iniciará el día siguiente, comenzando el padre.

"2) La patria potestad será compartida.

"El sistema de custodia establecido comenzará el primer lunes que haya inmediatamente después de la notificación de la Sentencia.

"3) Se mantiene el régimen de vacaciones fijado en Sentencia de fecha 3 de junio de 2014 que se concreta en el siguiente:

"Las Vacaciones escolares de verano, Navidad y Semana Santa se disfrutarán por mitad, eligiendo, en defecto de acuerdo, la madre en años pares y el padre en los impares. El progenitor al que corresponda la elección lo notificará al otro de forma fehaciente con sesenta días de antelación en las vacaciones de verano y con quince días en las restantes.

"Las vacaciones de verano se distribuirán por quincenas alternas, los meses de julio y agosto. El resto del período vacacional de verano, es decir desde el último día lectivo de junio hasta el día 30 de junio a las 20 horas,



las menores estarán con el progenitor al que no le corresponda la primera quincena de julio, y el periodo desde el 31 de agosto a las 20 horas hasta las 20 horas del día anterior al inicio del curso escolar le corresponderá al progenitor con el que no estén la segunda quincena de agosto.

"El régimen de vacaciones viene marcado por el calendario escolar de la Comunidad de Madrid, y comprende desde el último día lectivo a la salida del centro escolar hasta las 20 horas del día anterior al inicio del trimestre o curso escolar.

"Durante las vacaciones se suspende el régimen de visitas reanudándose con la alternancia que corresponda.

"Las entregas y recogidas de las menores, cuando no se efectúen en el centro escolar, serán en el domicilio materno.

"4) Para atender otros gastos ordinarios que puedan producirse en relación a las menores (distintos a los de manutención que serán asumidos por el progenitor que en cada momento tenga la custodia), uno y otro progenitor viene obligado a ingresar mensualmente en una cuenta mancomunada que al efecto se aperture y dentro de los cinco primeros días de cada mes la cantidad de 150 euros por cada una de las hijas, actualizándose su importe anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el I.P.C., publicado por el I,N.E.

"En todo caso los gastos extraordinarios que en relación a las menores puedan producirse serán costeados por mitad previa acreditación de su importe y necesidad.

"Se mantienen los restantes pronunciamientos fijados en Sentencia de fecha 3 de junio de 2014.

"Sin costas."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada y, sustanciada la alzada, la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 10 de octubre de 2018, cuyo Fallo es como sigue:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Mariana, representada por la Procuradora doña Lucía Gloria Sánchez Nieto; contra la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2017; del Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid; dictada en el proceso de Modificación de Medidas número 219/2017; seguido con don Epifanio, representado por la Procuradora doña María Teresa Vidal Bodi; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución en el sentido de ser lo procedente desestimar la demanda origen del presente proceso y se mantiene en todos sus pronunciamientos la de fecha 3 de junio de 2014; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes."

TERCERO.- El procurador don José Manuel Fernández de Castro, en nombre y representación de don Epifanio, interpuso recurso de casación por interés casacional fundado, como motivo único, en la infracción del artículo 92 CC, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño y el artículo 39 CE, junto con el artículo 2 de la Ley de Protección del Menor, con vulneración de la doctrina contenida en las sentencias de 10 de octubre de 2018, 25 de abril de 2018 y 13 de diciembre de 2017.

CUARTO.- Se dictó auto de fecha 26 de junio de 2019 por el que se acordó la admisión del recurso, así como dar traslado del mismo a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal, habiéndose opuesto a su estimación dicha parte recurrida mientras que el Ministerio Fiscal se ha mostrado favorable a su estimación.

QUINTO.- No habiendo solicitado vista las partes, se señaló para votación y fallo el día 19 de noviembre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 10 de marzo de 2017, don Epifanio interpuso demanda de modificación de medidas frente a su anterior esposa, doña Bernarda, en relación con sus hijas menores Alejandra y Casilda, de 8 y 5 años de edad, solicitando la instauración del régimen de custodia compartida respecto de las mismas por semanas alternas, sustituyendo así al de custodia exclusiva de la madre inicialmente establecido en la sentencia de divorcio de fecha 3 de julio de 2014. Afirmaba que habían cambiado las circunstancias tenidas en cuenta en la anterior sentencia de divorcio, ya que la madre había trasladado su residencia a más de cuatro kilómetros de distancia, lo que obstaculiza el cumplimiento del régimen de visitas intersemanal y suponía un evidente perjuicio para las menores y pérdida de tiempo en los desplazamientos. La madre se opuso a dicha modificación.

Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia n.º 28 de Madrid dictó sentencia por la que acordó la instauración del régimen de custodia compartida por las siguientes razones: a) Si bien en la



sentencia de divorcio se atribuye la guarda y custodia a la madre, también se establece un régimen amplio de visitas que consiste en fines de semana alternos, desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes, y las semanas en que al padre no le corresponda comunicar con la niñas, dos días entre semana con pernocta; por lo que dicho régimen -en cuanto al reparto de tiempos- se asemeja a una custodia compartida; b) Para la fijación del régimen inicial se, tuvo en cuenta la proximidad entre los domicilios de ambos progenitores, circunstancia que en el momento presente no concurre; c) Pese a que las conclusiones del informe elaborado por el Equipo Técnico recomiendan no hacer cambios, existiendo discrepancia en materia educativa y conflicto entre los progenitores, lo más recomendable es que se cambie el régimen de guarda y custodia materna y se pase a una guarda y custodia compartida por semanas alternas.

Recurrida la sentencia por la demandada doña Bernarda , la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª) estimó el recurso y volvió a establecer el sistema de guarda y custodia exclusiva a favor de. la madre, con fundamento en que no había quedado acreditado que concurren hechos nuevos o circunstancias fácticas que impliquen un cambio sustancial con respecto a las anteriores que se tuvieron en cuenta a la hora de establecer la custodia para la madre.

Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación el demandante don Epifanio , apoyando dicho recurso el Ministerio Fiscal y oponiéndose a su estimación la recurrida doña Bernarda .

SEGUNDO.- El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por interés casacional, alegando la infracción del artículo 92 CC, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 39 CE, junto con el artículo 2 de la Ley de Protección del Menor, así como por oposición a la doctrina de esta sala contenida en las sentencias de 10 de octubre de 2018, 25 de abril de 2018 y 13 de diciembre de 2017, que consagran el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores.

Considera la parte recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor cuando modifica el sistema de custodia compartida acordado en primera instancia y mantiene el régimen impuesto en la sentencia de divorcio que atribuía la guarda y custodia a la madre.

El motivo ha de ser estimado en tanto que efectivamente la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el interés de las menores en el concreto momento en que se solicita la modificación de medidas, habiéndose limitado a constatar que no se aprecia cambio de circunstancias que pueda fundamentar dicha modificación desde la custodia exclusiva a la compartida por ambos progenitores.

Pues bien, el cambio de circunstancias queda manifiesto en tanto que la madre ha trasladado su residencia a más de cuatro kilómetros de distancia de donde anteriormente residía con las niñas, éstas tienen ya tres años más que en la fecha de la sentencia de divorcio e incluso, como pone de manifiesto la sentencia de primera instancia - remitiéndose al informe pericial- la figura de referencia de las menores es la abuela paterna.

Son circunstancias -no tenidas en cuenta por la sentencia recurrida- que invitan a considerar la conveniencia de un cambio de régimen hacia la custodia compartida, no apreciándose inconveniente alguno para su adopción teniendo en cuenta primordialmente el beneficio para las menores.

A este respecto, no sólo las sentencias citadas por la parte recurrente, sino también otras muchas dictadas con posterioridad, y que constituyen un cuerpo unitario de doctrina, abogan a favor de establecer el régimen de custodia compartida cuando no existan circunstancias que se opongan a ello.

En este sentido cabe citar la reciente sentencia núm. 2015/2019, de 5 de abril, que se pronuncia en los siguientes términos:

"La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida , que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea



posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014). "Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (Sentencia 2 de julio de 2014), rec. 1937/2013".

En definitiva, por las razones expuestas en la sentencia de primera instancia, que se dan por reproducidas, se estima conveniente la instauración del sistema de custodia compartida respecto de las menores en la forma ya establecida por dicha sentencia, casando la sentencia recurrida en cuanto no se ha ajustado a la interpretación que del artículo 92 CC ha venido haciendo reiteradamente la jurisprudencia de esta sala en relación con el principio de defensa del interés del menor.

TERCERO.- Estimado el recurso de casación no procede condena en costas respecto de las causadas por el mismo y procede condenar a la demandada al pago de las causadas por su recurso de apelación, que debió ser desestimado (artículos 394 y 398 LEC). Procede la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Epifanio contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª) en Rollo de Apelación n.º 1732/2017, con fecha 10 de octubre de 2018.
- 2.º- Casar la sentencia recurrida y confirmar la dictada en primera instancia.
- 3.º- Condenar a la demandada doña Mariana al pago de las costas causadas por su recurso de apelación.
- 4.º- No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso, con devolución a la parte recurrente del depósito constituido para su interposición.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala. Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.