



Roj: **STS 2508/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2508**

Id Cendoj: **28079110012017100377**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/06/2017**

Nº de Recurso: **2347/2016**

Nº de Resolución: **393/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 1623/2016,**
STS 2508/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 21 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección sexta de la Audiencia Provincial de Asturias, como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas n.º 358/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Pola de Siero, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don David , representado ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña Silvia Casielles Morán; siendo parte recurrida doña Cecilia , representada por el procurador de los Tribunales don José Ignacio de Noriega Arquer. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Florentina Rubín González, en nombre y representación de don David , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Cecilia . Alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1.- Producir un cambio en la guarda y custodia del menor, Marcial , pasando a ser asignada en la actualidad de manera compartida entre ambos progenitores Con este régimen de estancias del menor, de custodia compartida, la misma sería conforme a se detallará a continuación:

«Será una custodia compartida por semanas, recogiendo a Marcial los lunes a la salida del Colegio pasando con el progenitor toda la semana hasta el lunes siguiente que le llevaría ese mismo progenitor a la entrada del colegio, no se desvincularía del otro en ningún momento pues además de la comunicación diaria que seguiría existiendo, se podrían pasar dos tardes con el otro progenitor desde la salida del colegio, salida de clase extraescolar o desde las 16:00 horas los días que no tenga clase por la tarde hasta las 20.h.

«Así mismo se mantendría el pacto existente en la actualidad entre ambos progenitores consistente en poder acudir sin previo aviso entre ellos tanto a la entrada como a la salida del Centro Escolar cualquier día de la semana o todos ellos si su actividad laboral se lo permitiese.

«Las tardes serían flexibles para poder acomodarlas cada progenitor a su jornada laboral, teniendo que concretarlas y avisar de las mismas al progenitor con el que está pasando la semana completa, la semana anterior. Es decir, y a modo de ejemplo, si Marcial está pasando con su padre madre la semana, éste/a tendrá que decir a doña Cecilia don David a lo largo de dicha semana qué tardes de la semana siguiente serán las



que pase con su hijo y así doña Cecilia don David también podrá adecuar su agenda y sus actividades. Las tardes escogidas serán de lunes a viernes; en caso de querer disfrutar una tarde o mañana durante el fin de semana, será bajo autorización del otro progenitor.

«Sera responsabilidad del progenitor a quien corresponda esa tarde el traslado del niño del colegio al lugar de realización de la actividad extraescolar, en caso de ser fuera de las instalaciones del Centro escolar pudiendo cualquiera de ellos ver la realización de la actividad extraescolar si esta diera lugar.

«En los puentes o fines de semana largos, conforme al calendario escolar, corresponderá la convivencia con el menor la totalidad de los días del puente al progenitor al que le correspondería el fin de semana al que se encadenen las fiestas posteriores. Por tanto, si la fiesta encadenada es un lunes, el cambio de turno se efectuará el martes posterior, a la terminación de las clases; si la fiesta encadenada en un martes, con lunes no lectivo o festivo, el cambio de turno se efectuará el miércoles. En dicho caso, el progenitor que hubiera disfrutado de tal circunstancias perderá esa semana el derecho a estar con el niño una de las tardes de la semana.

«El resto de periodos vacacionales, Semana Santa, Verano y Navidad que se concretarán más adelante, se repartirán por mitades entre ambos progenitores, teniendo como referencia para las fechas de comienzo y finalización de cualquier periodo vacacional el calendario escolar del centro donde se encuentre el menor, siendo el primer día de dichos periodos vacacionales el mismo día que finaliza las actividades escolares desde la salida del colegio, considerando esa tarde como laborable, y el último día del periodo vacacional será el día anterior a que comience de nuevo la jornada escolar a las 20:00 horas.

«Vacaciones de verano.- Las vacaciones de verano se dividirán en periodos de igual duración, incluyéndose en los mismos no solo el mes de julio y agosto sino también los días de junio y septiembre que no son lectivos. Se deberá comunicar al otro progenitor, con una antelación de al menos dos meses de manera fehaciente que periodo se va a escoger. La falta de dicha notificación fehaciente con la antelación prevista determinará la pérdida del derecho a elegir para ese concreto periodo, pasando al otro progenitor.

«Tanto doña Cecilia como don David podrán pasarse entre ambos sus preferencias vacacionales conforme a sus vacaciones laborales, antes del 1 de marzo de cada año.

«Vacaciones de Semana Santa.- se dividirá en dos periodos siendo el primero desde la terminación de las clases escolares hasta las 20.00 horas del miércoles santo; y el segundo periodo desde las 20:00 horas del miércoles santo hasta las 20.00 horas del día anterior al comienzo de las clases.

«Vacaciones de Navidad.- se dividirán en dos periodos siendo el primero desde la terminación de las clases escolares hasta las 20.00 horas del día treinta de diciembre; y el segundo periodo desde las 20:00 horas del día treinta de diciembre hasta las 20.00 horas del día anterior al comienzo de las clases.

«Pudiendo acudir conjuntamente a la Cabalgata de Reyes Magos comunicando el progenitor que este con su hijo, Marcial , el lugar y hora de tal evento.

«Respecto al día 6 de enero, el día de Reyes, el progenitor que no esté pasando el día con su hijo, podrá recogerlo a las 16:00 horas pernoctando con él ese día y reintegrándolo en el domicilio del otro progenitor al día siguiente a las 11:00 horas.

«En todos y cada uno de estos periodos, se establece que:

«- en caso de desacuerdo, doña Cecilia elegirá en los años pares y don David en los años impares.

«- se interrumpe el régimen de estancias solicitado

«- las recogidas y entregas se efectuarán en el domicilio del progenitor que termina el correspondiente período vacacional de convivencia, autorizándose a terceras personas a que puedan llevar o recoger al menor

«- El menor, Marcial queda libre de las estancias en campamentos, viajes de estudios al extranjero o actividades similares, no siendo el tiempo de dichas actividades computable para ninguno de los progenitores a no ser que no haya acuerdo entre los progenitores a la hora de apuntar a su hijo a estas actividades, situación que conllevará que dicho progenitor podrá hacerlo dentro de su periodo vacacional computándole en su periodo los días que dure el campamento, curso o actividad.

«- se podrán comunicar con su hijo por teléfono, o cualquier otro medio cada día respetando las horas de descanso y sueño de Marcial , así como los horarios que tenga establecidos en las actividades si estas existiesen respecto a los días del padre o de la madre así como sus respectivos cumpleaños si no coincidiesen con los períodos de estancia con su hijo, si fuera posible, pasará el día con el progenitor correspondiente desde



la salida del colegio si fuera día lectivo o desde las 11:00 horas de la mañana hasta el día siguiente a la entrada al colegio, si fuera día lectivo, o hasta las 11:00 horas de la mañana si no lo fuera.

«En cuanto al cumpleaños de su hijo Marcial tanto doña Cecilia como don David tienen derecho a estar con el ese día pudiendo pasar la tarde, en día lectivo, ambos progenitores con Marcial, incluso cenaran con él así como la familia extensa, si quisiera. Si el cumpleaños fuese de viernes, sábado o domingo, ese día se celebrará el cumpleaños con los amigos del niño; en caso de día lectivo, la celebración será el viernes siguiente posterior a ese día. La celebración se considerará gasto extraordinario abonando ambos dicho gasto al 50%. Al mismo tiempo, la noche del día 11 de junio, la pasará con el progenitor no conviviente esa semana, hasta la entrada al colegio o en su defecto hasta las 11.00 horas del día siguiente.

«Al mismo tiempo, doña Cecilia y don David tal y como vienen haciendo hasta ahora podrán estar junto a su hijo Marcial en:

«. Visitas al médico u hospitalización del niño

«. Si estuviese enfermo, cualquiera de sus padres podrán acudir al domicilio en el que se encuentre previo aviso.

«. Eventos especiales del menor: competiciones deportivas; fiestas fin de curso, etc.

«. Reuniones o tutorías del colegio

«. Además, se establece que en caso de que el progenitor conviviente necesitase ayuda o apoyo se solicita que sea el otro progenitor quien tenga preferencia de estar ese tiempo con el niño, antes que otro familiar o terceras personas.

«.En cuanto a la comunicación entre cualquiera de los progenitores y Marcial, doña Cecilia y don David podrán comunicarse con su hijo cada día siempre que dicha comunicación no interfiera en sus horas de descanso o actividades, no interrumpiéndose su rutina diaria

«.Si alguno de los progenitores deseara cambiar de residencia o tuviera que hacerlo por motivos profesionales, ambos cónyuges convienen que habrá de notificárselo al otro de forma fehaciente, comprometiéndose a revisar y proceder a la modificación del régimen de visitas.

«.Ambos progenitores convienen que no podrán trasladarse fuera del territorio nacional en compañía de su hijo Marcial sin consentimiento expreso del otro progenitor o, en su defecto, de autorización judicial.

«.2.- De no ser posible la opción principal de una modificación en la guarda y custodia, pasando a ser ésta compartida entre ambos progenitores, algo absolutamente beneficiosos para el menor, se solicita subsidiariamente como segunda opción el siguiente régimen de estancias y visitas:

«.Fines de semanas alternos desde la salida del colegio el viernes hasta el lunes por la mañana, que don David llevara a su hijo al Colegio.

«.Así mismo entre semana podrá disfrutar de dos tardes completas con pernocta incluida, recogiendo a su hijo a la salida del colegio y reintegrándole al centro escolar al día siguiente por la mañana.

«.Las tardes serían flexibles para poder acomodarlas cada progenitor a su jornada laboral, teniendo que concretarlas y avisar la semana anterior a doña Cecilia de cuales serán dichas tardes.

«.Las recogidas y entregas, tanto del niño como de sus enseres se efectuarán en el domicilio del progenitor que termine la estancia, salvo acuerdo expreso de que se efectuó en otro lugar (como pudiera ser el Centro Escolar), pudiendo autorizarse a terceras personas, tanto llevar como ir a recoger al menor.

«.En los puentes o fines de semana largos, conforme al calendario escolar, corresponderá la convivencia con el menor la totalidad de los días del puente al progenitor al que le correspondería el fin de semana al que se encadenen las fiestas posteriores. Por tanto, si la fiesta encadenada es un lunes, el cambio de turno se efectuará el martes posterior, a la terminación de las clases; si la fiesta encadenada es un martes, con lunes no lectivo o festivo, el cambio de turno se efectuará el miércoles.

«.Los días festivos existentes a lo largo del año serán alternos entre los progenitores. No se computarán los días festivos que caigan dentro de los periodos vacacionales que su hijo esté disfrutando con cada uno de sus padres así como tampoco serán computables los festivos incluidos en los puentes o fines de semana largo mencionados con anterioridad.

«.Respecto a las vacaciones o días concretos al igual que en el punto anterior.

«.El resto de periodos vacacionales, Semana Santa, Verano y Navidad que se concretarán más adelante, se repartirán por mitades entre ambos progenitores, teniendo como referencia para las fechas de comienzo y finalización de cualquier periodo vacacional el calendario escolar del centro donde se encuentre el menor,



siendo el primer día de dichos periodos vacacionales el mismo día que finaliza las actividades escolares desde la salida del colegio, considerando esa tarde como laborable, y el último día del periodo vacacional será el día anterior a que comience de nuevo la jornada escolar a las 20.00 h.

«Vacaciones de verano.- Las vacaciones de verano se dividirán en periodos de igual duración, incluyéndose en los mismos no solo el mes de julio y agosto sino también los días de junio y septiembre que no son lectivos. Se deberá comunicar al otro progenitor, con una antelación de al menos dos meses de manera fehaciente que periodo se va a escoger. La falta de dicha notificación fehaciente con la antelación prevista determinará la pérdida del derecho a elegir para ese concreto periodo, pasando al otro progenitor.

«Tanto doña Cecilia como don David podrán pasarse entre ambos sus preferencias vacacionales conforme a sus vacaciones laborales, antes del 1 de marzo de cada año.

«Vacaciones de Semana Santa.- se dividirá en dos periodos siendo el primero desde la terminación de las clases escolares hasta las 20.00 horas del miércoles santo; y el segundo periodo desde las 20:00 horas del miércoles santo hasta las 20.00 horas del día anterior al comienzo de las clases.

«Vacaciones de Navidad.- se dividirán en dos períodos siendo el primero desde la terminación de las clases escolares hasta las 20.00 horas del día treinta de diciembre; y el segundo periodo desde las 20:00 horas del día treinta de diciembre hasta las 20.00 horas del día anterior al comienzo de las clases.

«Pudiendo acudir conjuntamente a la Cabalgata de Reyes Magos comunicando el progenitor que este con su hijo, Marcial, el lugar y hora de tal evento.

«Respecto al día 6 de enero, el día de Reyes, el progenitor que no esté pasando el día con su hijo, podrá recogerlo a las 16:00 horas pernoctando con él ese día y reintegrándolo en el domicilio del otro progenitor al día siguiente a las 11:00 horas.

«En todos y cada uno de estos periodos, se establece que:

«-el primer fin de semana inmediatamente posterior a la finalización de cada uno de los períodos de vacaciones, el menor convivirá con el progenitor con quien no hayan estado la segunda parte del período de vacaciones correspondiente.

«- en caso de desacuerdo, doña Cecilia elegirá en los años pares y don David en los años impares

«- se interrumpe el régimen de visitas solicitado.

«- las recogidas y entregas se efectuarán en el domicilio del progenitor que termina el correspondiente período vacacional de convivencia, autorizándose a terceras personas a que puedan llevar o recoger al menor.

«- El menor, Marcial queda libre de las estancias en campamentos, viajes de estudios al extranjero o actividades similares, no siendo el tiempo de dichas actividades computable para ninguno de los progenitores a no ser que no haya acuerdo entre los progenitores a la hora de apuntar a su hijo a estas actividades, situación que conllevará que dicho progenitor podrá hacerlo dentro de su periodo vacacional computándole en su periodo los días que dure el campamento, curso o actividad.

«- se podrán comunicar con su hijo por teléfono, o cualquier otro medio cada día respetando las horas de descanso y sueño de Marcial, así como los horarios que tenga establecidos en las actividades si estas existiesen. Respecto a los días del padre o de la madre así como sus respectivos cumpleaños si no coincidiesen con los periodos de estancia con su hijo, si fuera posible, pasará el día con el progenitor correspondiente desde la salida del colegio si fuera día lectivo o desde las 11:00 horas de la mañana hasta el día siguiente a la entrada al colegio, si fuera día lectivo, o hasta las 11:00 horas de la mañana si no lo fuera.

«En cuanto al cumpleaños de su hijo Marcial tanto doña Cecilia como don David tienen derecho a estar con el ese día pudiendo pasar la tarde, en día lectivo, ambos progenitores con Marcial, incluso cenaran con él así como la familia extensa, si quisiera.

«Si el cumpleaños fuese de viernes, sábado o domingo, ese día se celebrará el cumpleaños con los amigos del niño; en caso de día lectivo, la celebración será el viernes siguiente posterior a ese día. La celebración se considerará gasto extraordinario abonando ambos dicho gasto al 50%. Al mismo tiempo, la noche del día 11 de junio, la pasará con el progenitor no conviviente esa semana, hasta la entrada al colegio o en su defecto hasta las 11.00 horas del día siguiente.

«Al mismo tiempo, doña Cecilia y don David tal y como vienen haciendo hasta ahora podrán estar junto a su hijo Marcial en:

Visitas al médico u hospitalización del niño



- « Si estuviese enfermo, cualquiera de sus padres podrán acudir al domicilio en el que se encuentre previo aviso
- « Eventos especiales del menor: competiciones deportivas; fiestas fin de curso, etc
- « Reuniones o tutorías del colegio

« Además, se establece que en caso de que el progenitor conviviente necesitase ayuda o apoyo se solicita que sea el otro progenitor quien tenga preferencia de estar ese tiempo con el niño, antes que otro familiar o terceras personas.

« En cuanto a la comunicación entre cualquiera de los progenitores y Marcial , doña Cecilia y don David podrán comunicarse con su hijo cada día siempre que dicha comunicación no interfiera en sus horas de descanso o actividades, no interrumpiéndose su rutina diaria.

« Si alguno de los progenitores deseara cambiar de residencia o tuviera que hacerlo por motivos profesionales, ambos cónyuges convienen que habrá de notificárselo al otro de forma fehaciente, comprometiéndose a revisar y proceder a la modificación del régimen de visitas.

« Ambos progenitores convienen que no podrán trasladarse fuera del territorio nacional en compañía de su hijo Marcial sin consentimiento expreso del otro progenitor o, en su defecto, de autorización judicial.

« II.- ALIMENTOS.

« 1.- Es por ello, que continuando con la petición principal de esta parte que es la guarda y custodia compartida para ambos progenitores, la pensión de alimentos que se solicita y a la que habría que hacer frente tanto por parte de doña Cecilia como por parte de don David sería el 50% de educación y así como de cualquier otro gasto ordinario relacionado con la misma que pudiera surgir que no estuviera dentro del sustento, habitación y vestido al que harían frente cada uno de los progenitores cuando Marcial se encontrara pasando la estancia con cada uno de ellos. Respecto a los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de su hijo, Marcial , se sufragarán por ambos progenitores al 50%; teniendo la consideración de tales los imprevistos y/o imprevisibles que sean necesarios y procedentes, atendida la capacidad económica de los obligados al pago, tales como médico- farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o seguros privados, los complementarios de actividades escolares que carezcan de periodicidad. Previamente a su contratación, salvo en casos de urgencia, el progenitor que satisfaga la totalidad del gasto extraordinario habrá de justificarlo documentalmente con aportación de copia de la factura o recibo del importe satisfecho, a fin de que el otro progenitor liquide el porcentaje establecido del gasto correspondiente.

Así mismo respecto a los gastos extraordinarios previamente a su contratación, y siempre salvo en casos de verdadera urgencia, se notificará con antelación al otro progenitor el gasto que vaya a producirse para poder buscar diversos presupuestos para dicho gasto a fin de que el mismo se ajuste tanto a la necesidad como a las economías de ambos progenitores, y en caso de ausencia de consenso en cualquier caso ante un gasto extraordinario, se recabará la autorización o aprobación judicial.

« 2.- De no ser posible la primera opción solicitada de un cambio de guarda y custodia compartida para ambos progenitores se solicita subsidiariamente por las circunstancias actuales, un cambio en la pensión de alimentos que don David debe abonar, en los siguientes términos:

« En concepto de pensión alimenticia para el hijo común, don David abonará doscientos cincuenta euros 250,00? a partir del mes siguiente a la sentencia del divorcio, por meses anticipados, y dentro de los diez primeros días de cada mes que serán abonados mediante transferencia bancaria en la cuenta que se vienen abonando en la actualidad.

« Esta cantidad será actualizada anualmente a tenor de las variaciones experimentadas por el índice de precios al consumo (IPC) por el INE u organismo similar que le sustituya.

« Respecto a los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de Marcial , se sufragarán por ambos progenitores al 50%; teniendo la consideración de tales los imprevistos y/o imprevisibles que sean necesarios y procedentes, atendida la capacidad económica de los obligados al pago, tales como médico-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o seguros privados, los complementarios de actividades escolares que carezcan de periodicidad. Previamente a su contratación, salvo en casos de urgencia, el progenitor que satisfaga la totalidad del gasto extraordinario habrá de justificarlo documentalmente con aportación de copia de la factura o recibo del importe satisfecho, a fin de que el otro progenitor liquide el porcentaje establecido del gasto correspondiente. Así mismo respecto a los gastos extraordinarios previamente a su contratación, y siempre salvo en casos de verdadera urgencia, se notificará con antelación al otro progenitor el gasto que vaya a producirse para poder buscar diversos presupuestos para dicho gasto a fin de que el mismo se ajuste

tanto a la necesidad como a las economías de ambos progenitores, y en caso de ausencia de consenso en cualquier caso ante un gasto extraordinario, se recabará la autorización o aprobación judicial.

«III.- VIVIENDA.

«Al no existir domicilio familiar alguno, puesto que cada uno de los progenitores tiene el suyo propio, no es necesaria la regulación de este punto».

2.º- El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

3.º- La procuradora doña María Eugenia García Rodríguez, en nombre y representación de doña Cecilia , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: «por la que se desestime confirmando en todos sus extremos las adoptadas por el Juzgado de 1.ª instancia n.º 9 de Oviedo, por sentencia de fecha 30/10/2013 , en autos de guarda y custodia y alimentos del menor no matrimonial de mutuo acuerdo n.º 623/2013, con expresa condena en costas».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Pola de Siero, dictó sentencia con fecha 8 de febrero de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora sra. Rubín González, en nombre y representación de don David , contra doña Cecilia , debo acordar y acuerdo el mantenimiento de la totalidad de medidas comprendidas en el Convenio Regulador suscrito por las partes que motivó el dictado de la sentencia de fecha treinta de octubre de 2013 , y sin que proceda condena en costas, todo ello por las razones expuestas en el fundamento de la presente ».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don David . La sección sexta de la Audiencia Provincial de Asturias, dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por don David contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia n.º 4 de Siero en los autos de que este rollo dimana ciframos la contribución paterna fija a los alimentos del hijo en la cantidad de trescientos euros mensuales (300 euros) sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta segundo instancia».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don David , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo de lo dispuesto en número 3.º del apartado 2.º del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denunciando la violación del artículo 92.2. del Código Civil , presentando interés casacional la resolución del recurso, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo. Segundo.-Al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denunciando la violación del artículo 92 del Código Civil , presentando interés casacional la resolución del recurso, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, en lo que respecta a los criterios de la doctrina jurisprudencial para otorgar la guarda y custodia compartida que se entrelaza de manera muy estrecha y directa con el motivo anterior que es el interés del menor.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha uno de marzo de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don José Ignacio Noriega Arquer, en nombre y representación de doña Cecilia , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de Junio de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de casación contra la sentencia que, en juicio de modificación de medidas definitivas, desestima la pretensión de la parte ahora recurrente, formulada al amparo de los artículos 90 , 92 y 93 del Cc , en el sentido de que el régimen de guarda y custodia del menor, Marcial , nacido el día NUM000



de 2011, propuesto en convenio regulador aprobado por sentencia de 30 de octubre de 2013, sea de forma compartida por ambos progenitores y no exclusiva por la madre.

La sentencia de instancia desestimó la demanda con el argumento de que la situación de ambos progenitores era muy similar, sino idéntica, a la que existía al tiempo de la sentencia de divorcio, y que tampoco concurre el necesario del consenso, respeto y colaboración para abordar una custodia compartida con las debidas garantías y beneficio del menor, abandonando el seguido hasta la fecha de guarda custodia exclusiva de la madre con un régimen de comunicación, visita y estancia flexible para acomodarlo a las posibilidades reales del progenitor no custodio.

La sentencia de la Audiencia Provincia mantuvo este pronunciamiento. Argumenta lo siguiente:

a) es inocuo en el procedimiento de modificación si no se acredita que esta modificación puede ser más beneficiosa para el menor que la perpetuación de la medida anterior, «bien entendido que en este campo de las relaciones personales entre los progenitores e hijos la valoración de la prueba debe ser flexible y estar especialmente atenta a la evolución seguida hasta la fecha ponderando si las medidas adoptadas en el proceso anterior han servido al objetivo de mantener el sano vínculo entre aquellos o por el contrario este se ha debilitado, indagando en su caso las causas y corrigiendo en la medida de lo posible sus efectos, a fin de hacer prevalecer el siempre preponderante interés del menor».

b) consta que efectivamente el apelante es un progenitor implicado en el cuidado del niño; ambos han procurado que no se percate de sus disensiones, que por otra parte no son excesivamente graves, y el cambio temporal de domicilio no supondría especial sacrificio para el menor pues la casa paterna dispone de similares comodidades que la materna y el desplazamiento que realiza a diario al colegio sería muy parecido en uno y otro caso.

c) «ahora bien, el certificado de la empresa del apelante refleja una flexibilidad horaria limitada en tanto de las ocho horas de la jornada diaria es de obligado cumplimiento que el trabajador esté en su puesto desde las 9.30 a las 13.30 horas y de las 16.00 a las 17.30 horas, con el añadido de que el descanso mínimo para almorzar es de 30 minutos, de manera que nunca podrá compatibilizarlo enteramente con el horario escolar del niño, incluso sin contar con los imprevistos que con frecuencia debe afrontar un responsable de grupo como es el apelante».

d) consta que este carece de apoyo familiar estable en el territorio porque sus padres residen en Madrid y no han previsto trasladarse de domicilio para colaborar en la crianza de su nieto, de manera que, salvo las visitas de costumbre, el recurrente tendría que utilizar los servicios de un tercero extraño a la familia para llevar o recoger al niño del colegio, y muy probablemente para ambas cosas, teniendo en cuenta que el colegio radica en Oviedo y su puesto de trabajo está en Gijón, por lo que en este momento la opción de la custodia compartida implicaría la paradoja de la incorporación de un tercero extraño al círculo familiar del menor, en detrimento de la atención personal y directa que puede proporcionarle el otro progenitor, y esa circunstancia minimiza seriamente el beneficio que para un niño de tan corta edad podría reportar un contacto mayor con el apelante.

e) la madre ha favorecido la comunicación paterno filial obrando de un modo flexible y acomodándose a las posibilidades reales de aquel en lugar de escudarse en la literalidad del pacto, por lo que, «desde la perspectiva del interés del menor, la opción de la custodia materna, con el amplísimo y flexible régimen de visitas pactado y seguido hasta la fecha, resulta más favorable que la del ejercicio compartido».

SEGUNDO.- El recurso se formula a través de dos motivos por infracción del artículo 92,2 del Código Civil y de la jurisprudencia de esta sala contenida en las sentencias de 19 de julio y 12 de diciembre de 2013, 2 de julio de 2014 y 28 de enero de 2016, con respecto a la doctrina jurisprudencial para otorgar la guarda y custodia compartida e interés del menor

Se desestima.

1. La sentencia recurrida tiene en cuenta la doctrina de esta sala y valora con detalle el interés del menor no sin recordar, como también hizo la sentencia del juzgado, que estamos en un procedimiento de modificación de medidas, y que no acuerda la custodia compartida con fundamento en los horarios laborales del padre, en la ubicación del colegio del niño, en localidad distinta y distante de donde tiene su puesto de trabajo, y en el hecho de que le obligaría a delegar en terceras personas parte del cuidado del menor.

2. El cambio de medida se interesa por algo que parece obvio, y que tiene que ver con la respuesta que ambos progenitores han ofrecido al cuidado del niño desde que se produjo la separación en el año 2013, incluso desde ese mismo año, en el que hicieron al parecer un viaje juntos, pues sobre esa base se convino la custodia del hijo por la madre y las visitas del padre.



También se interesa el cambio por que considera que se ha producido lo que califica de "cambio sustancial", consistente en el mayor tiempo de que dispone en estos momentos para estar con su hijo, dado que se encuentra en el paro, y porque, en definitiva, cuenta con el apoyo de amigos cercanos y contaría preferentemente con el de la madre «en caso de darse la circunstancia de tener que solicitar apoyo algún día».

Sin embargo:

a) la estabilidad laboral y las condiciones en que desarrolla su trabajo es algo que no puede tomarse en consideración en estos momentos puesto que desde que se inició el procedimiento, hasta la fecha, han sido varios los puestos de trabajo, como se advirtió por la documentación aportada.

b) las relaciones paterno filiales con criterios de flexibilidad y armonía es algo que ya está incluido en el convenio, y lo que no es posible es que quien, como la esposa, optó por una reducción laboral para atender mejor al hijo, a partir de una decisión consensuada, como sostiene el recurrente, sea quien cubra con habitualidad, como ha hecho hasta la fecha, los desajustes del otro progenitor en el cumplimiento del régimen que pretende implantar, puesto que una cosa es la colaboración que, en interés del menor, debe existir necesariamente entre los progenitores, con o sin guarda y custodia compartida, y otra distinta que ante los reiterados incumplimiento de los compromisos asumidos por el padre respecto del menor sea el otro el que cubra estos desajustes.

3 . Con estos datos, la sentencia concreta el interés del menor, en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración, y no petrifica la relación del padre con su hijo desde el momento del pacto. Lo que dice es que, con la prueba que se ha practicado, no es posible modificar la medida en su día acordada, y lo que resulta en estos momentos más conveniente para el menor es que siga como está.

Ello no cierra la posibilidad de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado realmente la situación de hecho y que las nuevas circunstancias autorizan un tipo distinto de guarda que permita al padre atender convenientemente las etapas del desarrollo del hijo. Lo que se pretende con esta medida -sentencia 216/2014, de 18 de noviembre - es «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximarlo 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 sin duda parece también lo más beneficioso para ellos».

4. No existe, por tanto, la vulneración de la jurisprudencia de esta Sala invocada en el recurso sino que la sentencia recurrida se limita a aplicarla a la vista del resultado probatorio obrante en autos con la consecuencia de que el interés casacional representado por dicha contradicción con la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, sino a las simples discrepancias sobre la valoración del interés del menor.

Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (sentencias 579/2011, de 22 julio ; 578/2011, de 21 julio . 641/2011, de 27 septiembre , 431/2016, de 27 de junio , entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés del hijo, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas.

TERCERO.- A tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC , en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley , las costas del recurso se imponen a la parte recurrente.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

Desestimar el recurso de casación formulado la representación legal de don David , contra la sentencia dictada la Audiencia Provincial de Asturias, Sección Sexta, de fecha 30 de mayo de 2016 ; con expresa imposición de las costas a la recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.