



Roj: **STS 48/2019 - ECLI:ES:TS:2019:48**

Id Cendoj: **28079110012019100019**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2019**

Nº de Recurso: **1829/2018**

Nº de Resolución: **31/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1473/2017,**
STS 48/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 31/2019

Fecha de sentencia: 17/01/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1829/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/12/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1829/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 31/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 17 de enero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de febrero de 2017, dictada en recurso de apelación 237/2017, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, dimanante de autos de juicio de familia, para modificación de medidas, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Granada; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Jesús María, representado en las instancias por la procuradora Dña. Cristina López-Villar Suárez nombrada del turno de oficio, junto con el letrado director D. Pablo Agea Valverde que interpone la casación, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Belén Romero Muñoz, nombrada por el turno de justicia gratuita junto con el letrado D. Gonzalo Cancho Candela, en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Begoña, representada por la procuradora Dña. María Esperanza Higuera Ruiz, nombrada por el turno de oficio de justicia gratuita junto con la letrada Dña. Susana González Monasterio y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Jesús María, representado por la procuradora Dña. Cristina López-Villar Suárez y asistido del letrado D. Pablo Agea Valverde, interpuso demanda de juicio de familia, solicitando la modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio respecto a la guarda y custodia, régimen de visitas y pensión de alimentos y compensatoria, contra Begoña y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que se modifique el régimen de visitas en los términos interesados así como la guarda y custodia y la pensión por alimentos y compensatoria establecida en su día, dictando otra que acepte fijar la guarda y custodia compartida y sus efectos inherentes sobre la pensión y el domicilio familiar y su uso por ambos progenitores, tal y como interesamos en la parte dispositiva de nuestro escrito de demanda".

Y en lo que aquí interesa, la parte dispositiva del escrito de demanda es del tenor siguiente:

"QUINTO.- Al derecho de mi principal interesa la modificación de medidas en cuanto a la guarda y custodia y régimen de visitas y pensión de alimentos y pensión compensatoria recogida en dicha sentencia en los siguientes términos:

"1.- Se modifique la cuantía de la pensión alimenticia establecida a favor de la hija menor de mi representado, fijándola, atendidas las circunstancias actuales, y dado que la guarda y custodia se solicita se atribuya a ambos progenitores de manera compartida, cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sostenimiento de la menor (alimentación y vestido) durante el tiempo en que esté bajo su custodia.

"Los gastos extraordinarios se sufragarán al cincuenta por ciento, (incluidas actividades extraescolares, matrícula, libros, material escolar, uniforme, APA, así como aquellos de carácter lúdico, formativo, sanitario o farmacéutico, a excepción de los cubiertos por la Seguridad Social o compañía médica a la que pudieran pertenecer los progenitores, etc ...).

"La realización de actividades extraescolares, que no sean estrictamente necesarias, deberán ser consensuadas por ambos progenitores, y caso de no existir consenso, serán a cargo en exclusiva de aquel progenitor que unilateralmente haya decidido su realización.

"2. Domicilio familiar.- La hija menor de edad seguirán viviendo en el domicilio en el que ésta habita sito en DIRECCION000 (Granada) CALLE000, número NUM000, NUM001, siendo los progenitores quienes deberán trasladarse a dicho domicilio en el período de guarda y custodia que les correspondan, el domicilio se constituirá en lo que vulgarmente se denomina "casa nido", siendo los progenitores quienes se trasladen quincenalmente de vivienda para evitar el perjuicio que el cambio de domicilio pueda suponer para la hija. Casa nido y su concepto y motivación no es otra, que aquella que comparten los progenitores con sus hijos en casos de custodias compartidas en la vivienda familiar.

"El uso de la vivienda deberá ser fijado por el juez, para la hija, y son los padres, quienes por turno (de quince días alternos), salen y entran consecutivamente de la vivienda, mientras la hija permanecerá en la misma. Se presupone que esto es muy adecuado para la hija, que no cambian de entorno ni tienen que padecer molestias de traslados constantes... etc. Dado que a día de hoy y salvo algún ligero contratiempo insignificante, existe una buena relación de los progenitores entre sí y para con su hija, una similar manera de educar a la niña, un reparto equitativo de tareas de la casa previo a la ruptura matrimonial, y en definitiva, una buena comunicación entre



ambos progenitores, y teniendo en cuenta que tanto el padre como la madre disponen de recursos personales, familiares y sociales para cubrir adecuadamente las necesidades materiales y afectivas de su hija y así superar los prejuicios sexistas, exigiendo el interés de la hija.

"3. Domicilio de los progenitores.- Podrán establecerlo a su conveniencia, o bien compartir la vivienda de alquiler en los períodos en que no esté ocupada por el otro progenitor y asumir por mitad el coste.

"4. Patria potestad y guarda y custodia.- La hija menor de edad, quedará bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, lo que se llevará a efecto de conformidad a cuanto sigue:

"1.- La guarda y custodia se atribuye al padre y a la madre por períodos alternativos de dos semanas (cada quince días), comenzando por el padre. Dado que no se computan los meses de julio y agosto, por corresponder a estancias vacacionales, el primer período de dos semanas en el que ejercerá el Sr. Jesús María la guarda y custodia de la menor abarcará de lunes a lunes, una vez transcurridos los quince días interesados, debiendo ser la menor entregada y recogida a la salida del colegio, siguiéndose dicha distribución de manera alterna para los sucesivos períodos.

"Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.- La mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, serán repartidas por mitad entre los progenitores, correspondiendo a la madre la primera mitad los años pares y la segunda los impares, y al padre a la inversa, haciéndose las siguientes puntualizaciones:

"- Navidad: dado que los períodos de guarda y custodia compartida que se interesan comprenden quincenas la última mitad del mes de diciembre que abarca hasta el día treinta y uno de Diciembre, corresponderá al progenitor que esté en ese momento ejerciendo su período de guarda y custodia, siendo que el resto a partir del día uno de enero corresponde al otro progenitor la segunda mitad de este período vacacional en el que estará con el otro progenitor alternándose sucesivamente cada año teniendo en cuenta esta distribución quincenal interesada.

"- Semana Santa: primera mitad, desde el Viernes de Dolores, a las dieciséis horas, al Miércoles Santo a las catorce horas, ambos inclusive; segunda mitad, desde el Miércoles Santo a las catorce horas hasta el lunes posterior al Domingo de Resurrección, ambos inclusive.

"- Verano: Se divide, a efectos de facilitar en la medida de lo posible la adaptación de la menor a la nueva situación y dada la edad de la misma, en los siguientes periodos, desde el 1 de julio al 31 de julio, del 1 de agosto al 31 de agosto.

"Los progenitores procuraran que en los días festivos familiares, cumpleaños de los niños y de los padres, santos, comuniones, celebraciones de las respectivas familias maternas o paternas, ambos puedan disfrutar de la estancia con sus hijos, compartiendo dicha festividad juntos o repartiendo el día o los días de mutuo acuerdo, en jornada de mañana o de tarde, debiendo preavisarse con suficiente antelación a fin de no entorpecer el desarrollo normal y habitual de las estancias fijadas en el presente convenio.

"En caso de discrepancia respecto a las celebraciones familiares y cumpleaños, elegirá cada progenitor según le corresponda en función de año par o impar.

"Comunicaciones telefónicas.- Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente con su hija con total libertad, respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio de la menor, y para el caso de que en período de vacaciones escolares se marchara de viaje, ambos progenitores se facilitarán un teléfono de contacto o colaborarán en que el menor efectúe la pertinente llamada telefónica,

"Todo ello se llevará a efecto, dentro de criterios de flexibilidad y atendiendo siempre, prioritariamente, al interés de la hija.

"3.- El sistema de custodia compartida que antecede y se interesa por mi representado parte de una serie premisas básicas, cuales son:

"a) Ambos progenitores tienen su domicilio y trabajo en Granada, y ambos desempeñan su actividad laboral en Granada, dada la proximidad geográfica, y siendo su jornada laboral sólo de mañanas cada quince días, lo que le posibilita hacerse cargo de su hija desde la salida del colegio en el período que a él le corresponda la guarda y custodia, así como durante los días establecidos de visitas cuando la madre tenga la custodia.

"b) La menor tiene un perfecto nivel de integración en DIRECCION000 (Granada), tanto en el colegio al que lleva asistiendo 4 años, como en el demás entorno relacional de familiares y amigos, siendo condición indispensable y premisa básica para la atribución de guarda y custodia compartida pactada, el mantenimiento de los menores en su lugar de DIRECCION000 de Granada, a fin de no perturbar el desarrollo armónico y equilibrado que la menor precisa.



"5.- Pensión Compensatoria. La pensión que con carácter vitalicio se impuso a mi principal se solicita igualmente se deje sin efecto, dado que han transcurrido más de cuatro años desde su fijación por mutuo acuerdo. La demandada señora Begoña en este periodo de tiempo ha estado trabajando por cuenta ajena y obteniendo ingresos propios, además percibe la ayuda familiar cuya cuantía asciende a 426,00.-€ al mes, con lo que se entiende que posee la capacidad dada su edad de 39 años en la actualidad y preparación para conseguir un empleo estable que le sirva para atender sus necesidades, por lo que no tiene sentido mantener una pensión y mucho menos de carácter vitalicio para compensar tan sólo 7 años de matrimonio, entendiéndome mi principal que ha transcurrido tiempo suficiente como para haber compensado durante estos cuatro años cualquier desequilibrio que pudiera en su día haber existido.

"...OCTAVO.- De estimarse la presente demanda, las costas han de imponerse a la demandada, en aplicación del artículo 394 LEC".

2.- El fiscal contestó a la demanda oponiéndose a los hechos de la demanda hasta que fueran suficientemente probados.

3.- La demandada Dña. Begoña, representada por la procuradora Dña. Carmen Martínez Checa, designada del turno de oficio, y bajo la dirección letrada de Dña. María del Mar Alférez García, 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 se desestime la demanda interpuesta de contrario, con expresa imposición de costas".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Granada de familia, se dictó sentencia, con fecha 12 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimando parcialmente la demanda promovida por la procuradora Dña. Cristina López-Villar Suárez, en nombre y representación de D. Jesús María, frente a Dña. Begoña, se acuerda la modificación de la sentencia de divorcio de fecha 21 de julio de 2010 en las siguientes medidas:

"1.- Se establece el sistema de guarda y custodia compartida entre los progenitores de la hija menor de edad Marí Juana, que se llevará a cabo en períodos quincenales alternos, correspondiendo al padre la quincena que realiza su trabajo en turno de mañana, produciéndose la recogida de la menor los lunes a las 18.00 horas, siendo el progenitor/a -o persona autorizada por el mismo- que inicie el periodo de custodia quien recogerá a la menor en el domicilio del progenitor/a que termine dicho período.

"2.- En cuanto al régimen de visitas y estancias de la menor con el progenitor con el que no conviva en ese periodo:

"-Una visita interquincenal que se llevará a cabo el primer fin de semana de la quincena, desde el sábado a las 10.00 horas hasta el domingo a las 20.00 horas, siendo el progenitor no custodio o persona por él autorizada quien recogerá y entregará a la menor en el domicilio del custodio dicha quincena.

"-Los períodos vacacionales se disfrutarán por mitad de la siguiente forma:

"Las vacaciones de verano, comprenderán julio y agosto y se dividirán en cuatro periodos alternos, comprendiendo el primero desde las 10.00 horas del día 1 de julio hasta las 20.00 horas del día 15 de julio, el segundo desde ese día y hora hasta las 20.00 horas del día 31 de julio, el tercero desde ese día y hora hasta las 20.00 horas del día 15 de agosto y el cuarto desde ese día y hora hasta las 20.00 horas del día 31 de agosto.

"Las vacaciones de Semana Santa, comprenderán el primer periodo desde el Viernes de Dolores a las 20.00 horas, hasta las 20.00 horas del Miércoles Santo, y el segundo desde dicho momento hasta el Domingo de Resurrección a las 20,00 horas.

"Las vacaciones de Navidad, comprendiendo el primer periodo desde el día de finalización de las clases a las 20.00 horas hasta las 20.00 horas del 30 de diciembre, y el segundo periodo, desde el referido día y hora hasta las 20.00 horas del día anterior al comienzo del curso escolar.

"Siendo el progenitor/a -o persona autorizada por el mismo- que inicie el periodo quien recogerá a la menor en el domicilio del progenitor/a que termine dicho período.

"En caso de discrepancia sobre los periodos a elegir, elegirá la madre en los años pares y el padre en los años impares.



"A fin de evitar discrepancias entre los progenitores, respecto al día de cumpleaños o Santo de la menor, con independencia del régimen ordinario de custodia o visitas, el padre o la madre a quien no le corresponda ese día podrá tener a su hija durante tres horas, en defecto de acuerdo, desde las 17.00 horas a las 20.00 horas, y si los referidos días coinciden con festivo o fin de semana, tanto uno como otro progenitor podrán disfrutar de su hija durante la mitad del día, eligiendo la mitad correspondiente, en caso de discrepancia, como se ha fijado anteriormente. Además, deberá facilitarse la presencia de la menor en celebraciones señaladas en las respectivas familias (cumpleaños y santos de ambos progenitores, de los abuelos, comuniones, bautizos, bodas, etc), día del padre o de la madre..., aunque dicho día no le correspondiese por el régimen ordinario al progenitor en cuestión, desde las 10.00 horas hasta las 20.00 horas si coincidiese con festivo, o en otro caso, desde las 17,00 horas hasta las 20.00 horas.

"Por el bienestar de su hija, deberán tener en cuenta los padres que sus problemas sentimentales no deben recaer sobre la menor y si hubiere alguna modificación imprevista en cuanto al régimen de estancias o visitas, o cambio de domicilio de la menor, se hará saber al otro progenitor con la suficiente antelación, teniendo en cuenta que aquellos cambios de domicilio que puedan afectar al normal desenvolvimiento del régimen de custodia o visitas, deberán ser decididos de común acuerdo, en ejercicio de la patria potestad.

"Además, podrán uno u otro progenitor comunicarse telefónicamente o por cualquier otro medio con su hija, no debiendo los padres poner impedimento alguno, siempre que no interfiera los horarios de estudio o de descanso de la menor.

"Todo lo anteriormente acordado se llevará a cabo por los progenitores dentro de los mayores criterios de flexibilidad posibles, manteniendo la mayor unión entre ambos y atendiendo primordialmente al interés de la hija.

"3.- El padre deberá satisfacer en concepto de alimentos para su hija la cuantía de 180 euros mensuales, importe pagadero y actualizable en los mismos términos establecidos en la sentencia que se modifica.

"Asimismo ambos progenitores abonarán al 50% todos los gastos ordinarios derivados de la educación, manteniéndose igualmente el abono por mitad los gastos extraordinarios.

"4.- Se mantiene inalterable la atribución del uso y disfrute del ajuar y de la vivienda familiar establecido en la sentencia de divorcio.

"5.- Se deniega la extinción de la pensión compensatoria establecida a favor de la Sra. Begoña y a cargo del Sr. Jesús María .

"Todo ello sin expresa declaración en cuanto a las costas causadas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, con fecha 16 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Se revoca la sentencia. Se desestima la demanda. No procede la expresa condena en costas a la parte apelada que se pide. Dese al depósito el destino legal, si se hubiere constituido".

TERCERO.- 1.- Por D. Jesús María se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Se formula al amparo del art. 477.2.3 de la LEC 2000, en relación al 477.3 por oponerse a la doctrina jurisprudencial relativa al 92.5.6.7 y 8 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, habiéndose infringido tal jurisprudencia, y por tanto el artículo mismo, aplicando incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados; y ello infringiendo y desconociendo la doctrina de esta Sala contenida muy especialmente, por la amplitud del régimen de estancias concedido al padre, en la sentencias 576/2014, de 22 de octubre; 762/2012, de 17 de diciembre de 2013 y 2581/2015 de 16 de febrero, así como en las sentencias 2246/2013, de 29 de abril; 6904/2011, 2 de noviembre de 2001, de 28 de septiembre de 2009, 10 de marzo, 11 de marzo y 8 de octubre 2010 y 10 de enero de 2012 y 19 de julio de 2011, en cuanto a los requisitos necesarios para acordar la custodia compartida.

Se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 39 de la CE (norma que se considera infringida) en relación con el propio Código Civil, y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y de los tratados internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, de Nueva York, de 20 de noviembre de 1989, así como en la Carta Europea de los Derechos del Niño, resolución A 3-0172/92, aprobada por el Parlamento Europeo.

Motivo segundo.- Se denuncia la infracción del art. 92.5, 6, 7 y 8 por oponerse a la doctrina jurisprudencial que establece que probada la capacidad suficiente de ambos progenitores para atender al menor y resulta beneficioso para el mismo, como acredita el amplio régimen de visitas acordado, sin embargo se deniega el



régimen solicitado. La sentencia, señala, aplica de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta sala sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al mismo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 18 de julio de 2018, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal, para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María Esperanza Higuera Cruz, en nombre y representación de Dña. Begoña, presentó escrito de oposición al mismo; y por contra, el fiscal, con las alegaciones que estimó oportunas, solicitó la estimación del recurso de casación.

3.- En su escrito de oposición la parte recurrida aportó prueba documental consistente en informe médico de la menor; y en fecha de 12 de noviembre se proveyó al respecto, denegando su incorporación al no estar contemplado en la LEC ello sin perjuicio de lo que se dispusiera en su momento la deliberación del recurso.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

En previo proceso de divorcio de mutuo acuerdo se dictó sentencia el 21 de julio de 2010, que aprobaba el convenio por el que se atribuyó a la madre la guarda y custodia de la hija menor nacida en el año 2005, con pensión de alimentos de 300 euros a cargo del padre (actualizables) y se fijaba una pensión compensatoria vitalicia para la madre de 135 euros (actualizables).

Resumen del pleito:

Seguido juicio de modificación de medidas a instancia del padre, la sentencia dictada en primera instancia, con valoración del informe psicosocial estima parcialmente la demanda fijando un sistema de guarda y custodia compartida por períodos alternos de 15 días, con régimen de visitas y reparto de vacaciones, una pensión alimenticia de 180 euros a cargo del padre y con mantenimiento de la pensión compensatoria.

Interpuso recurso de apelación la madre, que fue estimado en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, que revoca la dictada en primera instancia y desestima la demanda.

La sentencia en el fundamento jurídico segundo, establece las circunstancias: El matrimonio se celebró el 24/05/2003, nació Marí Juana en 2005 aproximadamente (dice la sentencia de la Audiencia Provincial que la niña Marí Juana tenía 9 años de edad al interponer la demanda de modificación el 22 de octubre de 2014), la sentencia de divorcio se dictó el 21 de julio de 2010 y aprobaba el Convenio de Mutuo Acuerdo, en el que se acordaba la patria potestad compartida, atribución de la guarda y custodia a la madre, con régimen de visitas a favor del padre, pensión de alimentos a su cargo por importe de 300 euros, "que van por 375 euros", mitad de gastos extraordinarios y 135 euros vitalicios como pensión por desequilibrio que ya ascienden a 175 euros al mes. Recoge la Audiencia Provincial que la parte demandante solicita la guarda y custodia compartida, sin acreditarse alteración sustancial (artículo 100 CC), otro régimen de visitas, así como nueva pensión de alimentos y compensatoria.

Después contiene fundamentos jurídicos genéricos sobre la *perpetuatio iurisdictionis* y la cosa juzgada. En definitiva viene a sostener la improcedencia de modificar lo convenido por las partes sobre su hija menor sin cambio de circunstancias que autorice esa modificación.

SEGUNDO.- Motivos primero y segundo.

1.- Motivo primero.- Se formula al amparo del art. 477.2.3 de la LEC 2000, en relación al 477.3 por oponerse a la doctrina jurisprudencial relativa al 92.5.6.7 y 8 del Código Civil, según la redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, habiéndose infringido tal jurisprudencia, y por tanto el artículo mismo, aplicando incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados; y ello infringiendo y desconociendo la doctrina de esta Sala contenida muy especialmente, por la amplitud del régimen de estancias concedido al padre, en la sentencias 576/2014, de 22 de octubre; 762/2012, de 17 de diciembre de 2013 y 2581/2015 de 16 de febrero, así como en las sentencias 2246/2013, de 29 de abril; 6904/2011, 2 de noviembre de 2001, de 28 de septiembre de 2009, 10 de marzo, 11 de marzo y 8 de octubre 2010 y 10 de enero de 2012 y 19 de julio de 2011, en cuanto a los requisitos necesarios para acordar la custodia compartida.



Se denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 39 de la CE (norma que se considera infringida) en relación con el propio Código Civil, y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y de los tratados internacionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño, de Nueva York, de 20 de noviembre de 1989, así como en la Carta Europea de los Derechos del Niño, resolución A 3-0172/92, aprobada por el Parlamento Europeo.

2.- Motivo segundo.- Se denuncia la infracción del art. 92.5, 6, 7 y 8 por oponerse a la doctrina jurisprudencial que establece que probada la capacidad suficiente de ambos progenitores para atender al menor y resulta beneficioso para el mismo, como acredita el amplio régimen de visitas acordado, sin embargo se deniega el régimen solicitado. La sentencia, señala, aplica de manera incorrecta el interés del menor con vulneración de la doctrina de esta sala sobre la guarda y custodia compartida, relativa a que siempre que se den los requisitos necesarios para la adopción de tal sistema, hay que acordarlo por cuanto es la mejor manera de proteger al mismo.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Modificación de las circunstancias.*

Se desestiman los motivos analizados conjuntamente.

Esta sala en sentencias de 12 y 13 de abril de 2016, ha declarado la necesidad de un cambio "cierto" de las circunstancias, para posibilitar una modificación de las medidas acordadas en un previo procedimiento judicial, insistiendo en lo que el propio art. 90.3 del C. Civil, en su nueva redacción establece, es decir, se prioriza el interés del menor.

En la sentencia recurrida, se refieren los hitos temporales de la crisis conyugal, antes transcritos, deduciendo que no se acredita un cambio de circunstancias que aconseje el cambio de custodia al sistema de custodia compartida, cuando previamente los progenitores en el correspondiente convenio regulador habían pactado que la madre ejercería la custodia, sistema que se ha desarrollado con normalidad, por lo que no resulta aconsejable su modificación, especialmente dado el informe psicosocial (art. 90.3 C. Civil).

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

Esta sala, no hallando discrepancia entre lo acordado, la normativa legal, la doctrina jurisprudencial y el interés de la menor, resuelve que procede desestimar el recurso de casación interpuesto, dado que con el sistema actual se ampara la protección de la familia y de la menor, especialmente teniendo en cuenta el informe psicosocial cuando evidencia signos de malestar emocional en la menor (art. 39 de la Constitución).

CUARTO.- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000), y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Jesús María , contra sentencia de fecha 16 de febrero de 2017, dictada en apelación 237/2017, de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Procede la pérdida del depósito constituido en su caso para el recurso.

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.