



Roj: **STS 2572/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2572**

Id Cendoj: **28079110012017100384**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2017**

Nº de Recurso: **3991/2016**

Nº de Resolución: **413/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas n.º 369/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Majadahonda, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Blas , representada ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don Mariano Cristobal López; siendo parte recurrida doña Julieta , representada por la procuradora de los Tribunales doña Teresa Castro Rodríguez. 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 Patricia de la Fuente Bravo, en nombre y representación de don Blas , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Julieta y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1.- La adopción de una custodia compartida por parte de ambos progenitores, con el siguiente régimen de estancias:

»- Fines de semana alternos, desde la salida del colegio hasta lunes, momento en el que reintegrarán a las menores en el mismo.

»- El padre estará con las menores los lunes y miércoles, desde la salida del colegio, hasta el día siguiente, en que tendrá que reintegrarlas en el mismo.

»- En consecuencia, la madre estará con las menores fines de semana alternos, desde la salida del colegio hasta el lunes, reintegrándolas en el mismo; y los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta el día siguiente, momento en el que tendrá que reintegrarlas en el mismo.

»2.- Con respecto a la pensión de alimentos, se procederá a la apertura de una Cuenta común en la que ingresarán mensualmente las cantidades necesarias para sufragar todos los gastos escolares de las menores, al 50 %. Una vez que se proceda a la liquidación del domicilio conyugal, mi representado se hará cargo del abono del 55 % de dichos gastos, y la Sra. Julieta , por consiguiente, abonará el 45 % de los mismos.

»3.- Se limite la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar por un plazo de dos años a partir de los cuales se atribuirá anualmente a cada progenitor hasta su efectiva liquidación, comenzando el uso del mismo el Sr. Blas .



»Los gastos de comunidad de propietarios deberán ser sufragados a partir de este momento por quien disfrute del uso del domicilio familiar, al igual que las reparaciones sustituciones de los electrodomésticos y mobiliario existentes.

»De forma SUBSIDIARIA , y para el caso de que no se adopten las medidas Solicitadas como principal, venimos a solicitar se dicte sentencia en la que se acuerde:

» Ampliación del régimen de visitas a:

»- Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes, momento en el que tendrá que reintegrar a las menores en el colegio.

»Un día intersemanal con pernocta, que a falta de acuerdo será el miércoles, desde la salida del colegio hasta el jueves, reintegrándolas en el mismo.

»Una tarde intersemanal, que a falta de acuerdo será la del lunes, desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, reintegrando a las menores en el domicilio materno.

»II.- Reducción de la pensión de alimentos a 450 euros por hija, haciendo un total de 900 euros mensuales.

»4- La condena en costas para la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a nuestras pretensiones».

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- El procurador don Esteban Muñoz Nieto, en nombre y representación de doña Julieta 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, se acuerde no haber lugar a la modificación solicitada de contrario y todo ello con expresa imposición de costas al demandante por su temeraria e injustificada acción».

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 6 de Majadahonda, dictó sentencia con fecha 14 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando parcialmente la demanda de modificación de medidas instada por Blas representado por la Procuradora de los Tribunales SRA DE LA FUENTE contra Julieta representada por el Procurador de los Tribunales SR MUÑOZ NIETO, declaro haber lugar a la pretensión modificativa ejercitada respecto de la Sentencia de 15 de diciembre de 2011 dictada en autos nº DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO 720/11 en los siguientes extremos (en lo no regulado seguirá vigente dicho convenio)

»1- La guarda y custodia de las hijas comunes, Margarita y Leocadia será compartida por ambos progenitores, así como la patria potestad.

»2- La distribución del tiempo para el ejercicio de la patria potestad compartida será la prevista en el convenio de divorcio como régimen de visitas (ahora entendida de esta forma) salvo en los siguientes extremos .

»- Los progenitores estarán en compañía de sus hijas en fines de semana alternos, desde la salida del colegio hasta el lunes momento en el que reintegrarán a las menores en el mismo.

»- El padre estará en compañía de las menores los lunes y los miércoles , desde la salida del colegio hasta el día siguiente: en que tendrá que reintegrarlas al mismo. La madre estará en compañía de las menores los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta el día siguiente, en que tendrá que reintegrarlas al mismo.

»3- En todos los demás extremos se mantiene lo acordado en el convenio de divorcio de fecha de 17 de octubre de 2011. No se hace especial pronunciamiento en cuanto las costas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Blas . La Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Blas , representado por el Procurador don Mariano Cristóbal López, contra la sentencia de fecha 14 de enero de 2015 ; y estimando el interpuesto por vía de impugnación por doña Julieta , representada por la Procuradora doña Teresa Castro Rodríguez; del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Majadahonda; dictada en el proceso de Modificación de medidas número 369/2013 ; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución en el sentido de ser lo procedente la desestimación de la demanda origen del presente proceso; y, en su consecuencia, procede mantener íntegramente la sentencia de divorcio de fecha 15 de diciembre de 2011 que homologó el Convenio



Regulador de 17 de octubre de 2011 y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes»

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Blas , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.-Al amparo de lo prevenido en el art. 477. 2. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 92.5. 6 y 7 del Código Civil en la interpretación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo Segundo.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477. 2. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 96 del Código Civil en la interpretación de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el uso de la vivienda familiar. Tercero.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477. 2. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 142 , 145 , 146 y 147 del Código Civil en la interpretación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre pago de la pensión alimenticia.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 22 de febrero de 2016 , 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, la procuradora doña María Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de doña Julieta , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se case la sentencia recurrida y se dicte otra en la que se acuerde la medida de la guarda y custodia compartida por los periodos solicitados.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de Junio de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente, don Blas , formuló demanda de modificación de medidas adoptadas por sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, de fecha 15 de diciembre de 2011, en la que interesó la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida de las dos hijas menores, Margarita y Leocadia , nacidas el NUM000 de 2003 y NUM001 de 2006, respectivamente. Como consecuencia, interesó también la modificación de la medida de alimentos y la limitación del uso y disfrute de la vivienda familiar por un plazo de dos años.

Justifica su pretensión por la excelente relación paternofamiliar con las niñas, su disponibilidad para ejercer la guarda y custodia y la proximidad de los domicilios de ambos progenitores, y, en particular, porque las hijas reclaman constantemente a su padre «poder pernoctar en su casa los días intersemanales que están en compañía paterna».

La sentencia del Juzgado estimó la demanda porque concurrían todos los requisitos para la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida, de acuerdo con el informe psicosocial unido a las actuaciones y los deseos manifestados por las menores, que han expresado querer pasar más tiempo con el padre.

Lo que hizo la sentencia, bajo la denominación de guarda y custodia compartida, es aceptar el régimen propuesto en la demanda y ampliar el régimen de comunicaciones y estancias del padre con las dos hijas incluido en el convenio regulador, con la pernocta de las hijas los domingos y dos días intersemanales (lunes y miércoles); cambio que, a decir de la sentencia, «se traduce, a lo sumo, en dos días de cena y dos desayunos por cada una de las hijas y semana (más un desayuno cada dos semanas) ».

La Audiencia Provincial dejó las medidas como estaban porque «no hay ningún hecho o circunstancia fáctica que haya cambiado y con el carácter de sustancial».

SEGUNDO.- El Sr. Blas formuló recurso de casación que articula en tres motivos. El primero, por infracción del artículo 92.6 y 6 y 7 del Código Civil , en relación al interés del menor. Considera que resulta procedente un régimen de guarda y custodia compartida de acuerdo con el deseo que han manifestado las niñas y porque resulta aconsejable, según el informe psicosocial practicado. Los otros dos motivos están supeditados al primero pues se refieren al uso de la vivienda y alimentos bajo un régimen de guarda y custodia compartida.

Como fundamento de su recurso y para acreditar el interés casacional, cita las sentencias de 25 de noviembre de 2013 , 22 de octubre de 2014 y 15 de julio de 2015 que vienen a determinar que «es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art 91 del CC) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional y de la que esta Sala se ha hecho eco hasta el punto de establecer que



el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional», todo ello en interés de las menores.

Se desestima:

1. Es cierto que la STC 185/2012, de 17 de octubre, ha declarado inconstitucional y nulo el inciso "favorable" del informe del Ministerio Fiscal contenido en el artículo 92.8 del Código Civil, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, de tal forma que corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar este régimen es cierto también que desde que se propuso y aprobó el convenio regulador este Tribunal Supremo ha variado sustancialmente su doctrina sobre la guarda y custodia compartida, hasta el punto de establecer que este sistema debe considerarse normal y no excepcional, acorde no solo con el cambio normativo sino con la propia evolución de la sociedad en las relaciones de familia.

Ahora bien, que sea así no implica que la respuesta deba ser necesariamente favorable al régimen de custodia interesado. Estamos ante un procedimiento de modificación de medidas en el que, a partir de una doctrina favorable a su acogida, corresponde valorar si debe o no adoptarse tal medida considerando que lo que se procura es la situación más beneficiosa para las niñas, teniendo en cuenta el planteamiento que se hizo en la demanda, al que las sentencias de instancia han dado oportuna respuesta.

2. Como recuerdan las sentencias 283/2016, de 3 de mayo y 296/2017, de 12 de mayo, entre otras: «La Sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTS 4 de febrero de 2016 ; 11 de febrero de 2016 y 9 de marzo de 2016, entre las recientes) ya que con dicho sistema (SSTS 25 de noviembre de 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre 2015 y 17 de marzo de 2016, entre otras):

» (i) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

» (ii) Se evita el sentimiento de pérdida.

» (iii) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

» (iv) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia».

3. No tiene sentido, por tanto, que, con la jurisprudencia de esta Sala cuestione la bondad objetiva del sistema, o que se niegue la custodia compartida con el simple argumento de que las partes firmaron un convenio regulador «con miras de futuro y vocación de permanencia». La sentencia 162/2016, de 16 de marzo, admite que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre que el interés de éstos la requieran, y así se hizo:

a) en la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque:

(i) la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado.

b) en la sentencia 390/2015, de 26 de junio, que valora que «en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad». Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida.

4. Lo dicho justifica en principio que pueda pretenderse una modificación del régimen de guarda y custodia de los hijos, porque el escenario contemplado en su día en el convenio regulador se ha modificado de forma relevante. Ocurre, sin embargo, que el cambio propuesto en la demanda ni se ha justificado, ni puede ser considerado como una custodia compartida, aunque dicha denominación haya sido otorgada en la sentencia dictada por el Juzgado (consentida en este aspecto por la parte ahora recurrente), sino como una ampliación del régimen de visitas a favor del padre.

Como sucede en el caso resuelto por las sentencias 283/2016, de 3 de mayo y 48/2017, de 26 de enero: si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto con el padre:

«no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio.



»Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.

»En atención a lo razonado el motivo no puede prosperar, en el buen entendimiento de que no se niega el régimen de custodia compartida por ser per se desfavorable para el interés de los menores, sino por no ser favorable para los mismos el plan propuesto y el modo de articular aquella»

5. 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, atendidas las circunstancias examinadas.

TERCERO.- La desestimación del motivo, determina que no se entre a resolver los otros dos y que, en cuanto a costas, se impongan a la parte recurrente, tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC , en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley .

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 Blas , contra la sentencia dictada la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de fecha 14 de octubre de 2016 ; con expresa imposición de las costas al recurrente. Líbese 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 colección legislativa.

Así se acuerda y firma.