



Roj: **STS 3378/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3378**

Id Cendoj: **28079110012017100500**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **3933/2016**

Nº de Resolución: **529/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MA 1818/2016,**
STS 3378/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 27 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, el día 15 de julio de 2016, dictada en el recurso de apelación n.º 543/2015, dimanantes de los autos de procedimiento de modificación de medidas n.º 399/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Cádiz. -Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora de los tribunales doña María Esther Clavero Toledo en representación de don Justiniano . -Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador de los tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández, en representación de doña Dulce . -Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Antonia Pilar Zea Tamayo en nombre y representación de don Justiniano , presentó demanda de modificación de medidas definitivas contra doña Dulce solicitando se dictase sentencia acordando la modificación de las medidas definitivas que se van a interesar:

«De acuerdo con lo dispuesto en el art. 90 in fine , art. 91 y art. 92 del CC y el art. 775.1 de la LEC , cumpliéndose el requisito de variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobar las medidas definitivas acordadas en el procedimiento de Divorcio 512/2010, como ha quedado relatado en los hechos de la presente demanda y se justifica con los documentos acompañados a esta, se interesa se acuerde:

»- Otorgar la custodia compartida a ambos progenitores, según lo expuesto en el HECHO TERCERO.

»- Subsidiariamente, en caso de no ser acordado lo anterior, se interesa se acuerde modificar la cantidad de la pensión de alimentos que debe pagar el Sr. Justiniano a su hijo, reduciéndose ésta a la cantidad de 200 euros, así como que se modifique el régimen de visitas en cuanto a las tardes de visita durante la semana y vacaciones de verano, todo ello según lo solicitado en el HECHO CUARTO.»

2.- Por decreto de 12 de septiembre de 2014 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada para contestar.

3.- El Ministerio Fiscal fue emplazado y contestó a la demanda solicitando la desestimación de la demanda por no haberse producido la modificación definitiva de circunstancias que se alega.



4.- EL procurador don Rafael Llorens Magen, en nombre y representación de doña Dulce , contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de las costas a la parte actora.

5.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Coín, dictó sentencia el 5 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«1.- Se desestima íntegramente la demanda de modificación de medidas interesada por DON Justiniano , contra DOÑA Dulce .

»2.- No se impone condena en costas».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Justiniano correspondiendo su resolución a la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, que dictó sentencia el 15 de julio de 2016 con el siguiente fallo:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora D.ª Antonia Pilar Zea Tamayo en nombre y representación de D. Justiniano contra la sentencia dictada el 5 de marzo de 2015 en el juicio de Modificación de Medidas n.º 399/2014 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Coín , la debemos confirmar y confirmamos, imponiendo al recurrente las costas causadas en esta alzada».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación .

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de don Justiniano , con base en los siguientes motivos:

«Primero.- Infracción del art.92 apartados 5, 6, 8 y 9 del Código Civil , al amparo de lo establecido en el artículo 477.2-3.ª de la vigente LEC , en relación con el art. 39 y 120 de la Constitución Española .

»Segundo.- Por interés casacional al amparo de lo establecido en el artículo 477.2-3 .ª y 477.3 de la vigente LEC ».

2.- La sala dictó auto el 22 de marzo de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Justiniano , contra la sentencia dictada con fecha 15 de julio de 2016, por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.ª), en el rollo n.º 543/2015 , dimanante de los autos de modificación de medidas n.º 399/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Coín.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida y el Ministerio Fiscal formalicen por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría».

3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de D.ª Dulce , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- El Fiscal interesó la desestimación del primer motivo del presente recurso.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 20 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Justiniano , hoy recurrente, interpuso una demanda de modificación de las medidas acordadas en la sentencia divorcio, en la que se atribuyó a la madre la guarda y custodia del hijo del matrimonio, en la que solicita el establecimiento de la guarda y custodia compartida del menor por semanas alternas entre ambos progenitores, sin obligación a cargo de ninguno de ellos de abonar pensión alimenticia sino la de ingresar cada progenitor 150 euros mensuales para los gastos del menor.

2.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda con los siguientes argumentos:

(i) Teniendo en cuenta que la demanda de divorcio es del mes de septiembre de 2010, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2013 , tras su análisis, supone un cambio de interpretación de los tribunales en cuanto al régimen de custodia compartida; por lo que la jurisprudencia viene admitiendo que ese cambio



de orientación funciona como modificación de las circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de solicitar y establecer el régimen de guarda y custodia.

Por tanto se entiende que respecto a la guarda y custodia compartida se ha practicado una modificación suficiente de circunstancias, por lo que la valoración que se ha de hacer es si el régimen propuesto es adecuado al interés del menor.

(ii) Las relaciones entre los progenitores son conflictivas en cuanto a régimen de visitas, habiendo sido la madre denunciada en dos ocasiones, aunque fuese absuelta, así como en cuanto a las decisiones sobre actividades extraescolares del menor.

(iii) No se pone en tela de juicio la buena relación del menor con el padre, la capacidad de este para ejercer de tal, así como la cercanía de los domicilios de ambos progenitores.

(iv) No obstante, el principal elemento para que el menor no se vea perjudicado es que los padres tengan un buen entendimiento en el ejercicio de la guarda y custodia compartida, y en el caso no se da, siendo éste el argumento fundamental para denegarla, pues el nuevo régimen perjudicaría el desarrollo del menor.

(v) Existe un informe pericial favorable a la guarda y custodia compartida, que no se valora por ser de parte y emitido sin entrevista con la madre. Se echa en falta un informe judicial.

3.- La representación procesal de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección sexta de la Audiencia Provincial de Málaga que dictó sentencia el 15 de julio de 2016 desestimatoria del recurso.

4.- Motiva su decisión en los siguientes términos:

(i) No se considera que el transcurso del tiempo, como puede ser que los hijos se vayan haciendo mayores, constituya per se cambio de circunstancias.

(ii) El actual sistema de custodia monoparental por la madre es el que se ha mantenido de mutuo acuerdo por los progenitores desde que se produjo de facto la ruptura del matrimonio, sin que se cuestionase en ese tiempo ese régimen de custodia.

(iii) Debe ser el interés del menor el preferente para decidir sobre el régimen pretendido y en la demanda no se alude a lo que el menor siente, piensa u opina sobre el cambio postulado.

(iv) considera que en este caso no ha quedado acreditado, porque ni tan siquiera se ha aludido, que el interés del menor se consiga con el cambio del sistema de guarda y custodia hasta ahora vigente, pues incluso el informe pericial emitido a instancia del padre, para cuya elaboración no ha sido oída la madre, la perito oyó al menor cuando éste ya tenía seis años, y sin embargo no se recoge la postura del hijo ante el cambio que propugna el padre sino que, por el contrario, se afirma (f. 147) que el menor está adaptado a la situación actual en el momento presente, -esto es, a estar bajo la guarda y custodia de la madre con un régimen de visitas a favor del padre- sin que en ningún momento se llegue a afirmar que en interés del menor dicho sistema deba cambiarse. La Audiencia añade que cuando se formuló la demanda de divorcio por el ahora recurrente ya llevaba cinco años en vigor la Ley 15/2005, que reformó el art. 92 CC introduciendo expresamente la posibilidad del establecimiento de una guarda conjunta de los hijos entre los progenitores, de ahí que resulte erróneo fundamentar la pretensión demandante en dicho cambio legislativo.

5.- El demandante apelante interpuso recurso de casación por interés casacional contra la anterior sentencia.

El recurso contiene formalmente dos motivos:

(i) El motivo primero se funda en la infracción del art. 92 apartados 5 , 6 , 8 y 9 CC , en relación con el art. 39 y 120.3 CC , y en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los criterios o requisitos que se deben tener en consideración a la hora de adoptar la decisión de optar por la guarda y custodia compartida, como mejor manera de mantener un contacto y relación por igual con ambos progenitores, primando siempre el interés del menor, o *favor filii* y sin caer en las cuestiones relativas a si es lo mejor para uno u otro de los padres del menor.

(ii) El motivo segundo se funda se oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida (Sentencias de 25 de noviembre de 2013 , 16 de febrero de 2015 y 16 de septiembre de 2016).Considera que la Audiencia Provincial basa la denegación de la custodia compartida al hecho de que el menor está bien adaptado a la situación actual, que el menor esté adaptado a la situación actual no significa que no pueda mejorarse su situación. La Audiencia Provincial hace una referencia demasiado teórica sobre lo que entiende por "interés del menor" sin que motive en modo alguno el hecho de que mantener la situación actual pueda resultar más beneficiosa para el menor.



6.- La Sala dictó el 22 de marzo de 2016 auto por el que se admitía el recurso de casación, al que se opuso la parte recurrida pero negando que hubiese existido error en la valoración de la prueba.

7.- El Ministerio Fiscal solicita que se desestimen los motivos del recurso de casación porque, al no existir una buena relación entre los progenitores se dificultaría el régimen de guarda y custodia compartida y, por ende, sería contrario al interés del menor.

SEGUNDO.- En atención a la estrecha relación que guardan entre sí ambos motivos, vamos a ofrecer una respuesta conjunta como autoriza la doctrina de la sala:

1.- Ante todo cabe decir que el art. 90.3 CC establece que:

«3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.».

La transcrita redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto. (STS 346/2016, de 24 de mayo)

Es por ello que: «Esta Sala no ha negado 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 por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, Rc. 1889/2014 , 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. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, Rc. 469/2014 , 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.» (sentencia 162/2016, de 16 de marzo).

2.- Consecuencia de lo expuesto es que la doctrina de la sentencia recurrida no se compeadece con la de esta sala, pues cuando se dictó la sentencia de divorcio el menor tenía año y medio y ahora tiene seis, con lo que la nueva edad no es óbice para la existencia de un cambio en la guarda y custodia, pues entonces no podía ser conveniente la compartida, por su escasa edad, y ahora sí podría ser, en evitación de petrificar su situación.

Además es cierto, como recoge la sentencia de primera instancia, y con independencia de que el cambio legislativo fuese precedente, que el régimen de guarda y custodia compartida sufrió una evolución en la doctrina de la sala y de la sociedad en años posteriores, según las sentencias citadas de esta sala.

Por tanto condiciones para atender a una modificación de circunstancias sí que existen, sin que sea óbice al cambio de régimen el que el precedente monoparental y con amplio régimen de visitas funcionase correctamente (SSTS de 28 de enero de 2016 y 16 de septiembre de 2016).

3.- Expuesto lo anterior, la cuestión se reduce, y en eso coinciden las sentencias de ambas instancias, a si el interés del menor aconseja la referida modificación, bien entendido que conviene recordar que la sentencia de 30 de diciembre de 2015, Rc. 415/2015 declara: «(i) La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre , 623/2009, de 8 octubre , 469/2011, de 7 julio 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo , 579/2011, de 22 julio 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo). La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS 27 de abril 2012 , citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. ».

4.- La sentencia recurrida advierte que el interés del menor no aconseja la modificación del régimen de custodia, y la sentencia de primera instancia, no desmentida por la recurrida, y en la que funda su obligación el



Ministerio Fiscal, pone el acento en unas relaciones tensas entre los progenitores, incluidas denuncias penales, que, a su juicio, perjudicaría el desarrollo del menor.

Ello no contradice la doctrina de la sala, pues si bien ésta no considera que impida la guarda y custodia compartida los desencuentros propios de las crisis matrimoniales que no afecten de modo relevante a los menores (SSTS de 30 de octubre de 2014 ; 11 de febrero de 2016), sin embargo mantiene (sentencia de 19 de julio de 2013) que esta modalidad de custodia «conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad.».

Esa relación de mutuo respeto es la que, en el fondo, se niega, y, una vez más se echa en falta, en un tema tan delicado, la ausencia de un informe psicosocial que *ayude* al tribunal a tener mayor conocimiento de causa para poder decidir, como se desprende de lo declarado en la sentencia de 21 de septiembre de 2016 .

Dicho informe no será requisito imprescindible, pero sí es conveniente en estos casos (sentencia de 7 de marzo de 2017).

5.- En atención a lo expuesto el recurso no se estima.

TERCERO.- Conforme prevén los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer al recurrente las costas del recurso.

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso interpuesto por don Justiniano , contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, el día 15 de julio de 2016, dictada en el recurso de apelación n.º 543/2015, dimanantes de los autos de procedimiento de modificación de medidas n.º 399/2014, procedentes del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Coín. **2.-** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.-** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz M.ª Ángeles Parra Lucán