



Roj: **STS 3722/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3722**

Id Cendoj: **28079110012017100534**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2017**

Nº de Recurso: **2232/2016**

Nº de Resolución: **567/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CO 334/2016,**
STS 3722/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 19 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de abril de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 1180/2015, de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, dimanante de autos de juicio de modificación de medidas contenciosas núm. 230/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Córdoba; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Guillermo, representado en ambas instancias por la procuradora Dña. Rocío Cano Castro, bajo la dirección letrada de D. José Luis Sariego Morillo, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. María Asunción Sánchez González en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Rita, representada por la procuradora Dña. Beatriz Sordo Gutiérrez, bajo la dirección letrada de Dña. Lorena García Abreu y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Guillermo, representado por la procuradora Dña. Rocío Cano Castro y bajo la dirección letrada de Dña. Sandra Rosa Alonso Santamarta, interpuso demanda de modificación de medidas fijadas en sentencia de divorcio contencioso contra Dña. Rita y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Debiendo adoptar las siguientes medidas:

»I.- Patria potestad, guarda, custodia y régimen de visitas.

»1.- Interesamos que tanto la patria potestad como la guarda y custodia del hijo sea compartida por ambos progenitores de la siguiente forma:

»- Lunes y miércoles con el padre con pernocta desde la salida del colegio hasta el día siguiente que lo reintegra en el colegio.

»- Martes y jueves con la madre con pernocta desde la salida del colegio hasta el día siguiente que lo reintegra en el colegio.

»Los fines de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes que lo reintegren en el colegio serán de la siguiente forma:

»- El primer y tercer fin de semana del mes estará el menor con la madre.

- »- El segundo y cuarto fin de semana del mes estará el menor con el padre.
- »Se entiende por primer fin de semana del mes, si dentro del fin de semana, es día 1, ya sea viernes, sábado o domingo.
- »Cuando haya un quinto fin de semana al mes, el primer 5.º fin de semana del año natural, será para la madre. Y el segundo 5.º fin de semana del año natural será para padre. Y así sucesivamente, si hubiera más en el año en los años impares.
- »En los años pares, el primer 5.º fin de semana del año natural, será para el padre. El segundo 5.º fin de semana del año natural será para la madre, y así sucesivamente, si hubiera más en el año.
- »Este régimen de fines de semana se suspenderá durante los periodos vacacionales, aunque en éstos haya un 5.º fin de semana en el mes.
- »Puentes y días festivos o no lectivos: si existiera un puente reconocido por el calendario escolar que coincidiera en lunes o viernes, lo disfrutará el progenitor al que correspondiera la estancia con el menor durante ese fin de semana. Si existiera un día festivo o no lectivo que coincida con un día intersemanal (martes a jueves), se disfrutará con el que este consiga ese día.
- »Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del Código Civil . Por tanto, deberán comunicarse todas decisiones que con respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los hijos deban conocer ambos padres.
- »Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adopte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan la comunicación se hará a través de correo electrónico, mensajes SMS o whatsapp, al que el otro progenitor deberá contestar en un plazo máximo de tres días, entendiéndose su conformidad en caso de que no conteste.
- »Ambos progenitores participaran en las decisiones que con respecto al hijo se tomen en el futuro, siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y las relacionadas con celebraciones religiosas.
- »Sobre esta base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio del modelo educativo.
- »Asimismo se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro.
- »Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quién le corresponda la guarda y custodia el día en que vaya a tener el referido acto.
- »Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tiene derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación e, igualmente, tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.
- »El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse.
- »Todo ello, reiteramos debida a la edad del menor, y a las excelentes relaciones con su padre, y el frecuente contacto de ambos, así como la implicación del padre siempre en la crianza del hijo y la buena posición del padre para conciliar la vida familiar y laboral, que hacen aconsejable que se establezca un régimen de convivencia compartida para ambos progenitores, lo cual, sin lugar a dudas, incidirá de manera beneficiosa en el menor.
- »Respecto al régimen de visitas y vacacional: Mitad de períodos vacacionales:
 - »1.- Vacaciones de Navidad.
- »La mitad de las vacaciones navideñas, se dividirán en dos periodos:
 - »c) Desde la salida del colegio el día de finalización de clases escolares hasta el día 30 de diciembre a las 12.00 horas.



- »d) Desde el día 30 de Diciembre a las 12.00 horas hasta el día 6 de enero a las 20.00 horas.
- »Corresponderá el primer período de los años impares y el segundo de los pares al padre y al contrario a la madre.
- »2.- Vacaciones de Semana Santa:
- »La mitad de las vacaciones de Pascua, que se dividirán en dos periodos:
- »c) Desde la salida del colegio el día de finalización de clases hasta el Miércoles Santo a las 12.00 horas.
- »d) Desde el Miércoles Santo las 12.00 horas hasta la entrada en clases del día del inicio del colegio.
- »Corresponderá al padre, si no media otro acuerdo, el primer periodo de los años impares y el segundo periodo de los años pares.
- »3.- Vacaciones de verano:
- »La mitad de las vacaciones de verano, alternando uno y otro progenitor los siguientes períodos:
- »En los años impares el padre estará con su hijo, del día 1 al 16 de julio y del día 1 de agosto al 16 de agosto, y desde el 31 de agosto a las 20.00 horas hasta el primer día del curso escolar. Se recogerá al menor en el portal del domicilio paterno, Y en los años pares al contrario, correspondiéndole desde que acaba el curso escolar hasta el día 1 de julio a las 12.00 horas.
- »Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentren con el hijo, dirección y teléfono. Pudiendo comunicarse con el menor por teléfono o por internet, el progenitor que no esté con él siempre que lo considere oportuno y no afecte a los horarios del descanso del menor.
- »Si alguno de los progenitores desee 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 de la guarda y custodia y régimen de visitas.
- »Ambos progenitores tiene derecho a ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a los hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación, e igualmente tienen derecho a obtener información a través de la reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden juntos como si lo hacen por separado. De igual manera tiene derecho a obtener información médica de los hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de ellos soliciten.
- »El progenitor que en ese momento se encuentre con el hijo podrá adoptar decisiones respecto a ellos en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el día a día de los menores pueden producirse.
- »II- Pensión alimenticia y gastos extraordinarios.
- »Dado que el hijo pasará exactamente el mismo periodo de tiempo al año con cada uno de los progenitores en el domicilio de estos, se acuerda que cada progenitor se hará cargo de los gastos que se ocasionen durante la convivencia con el hijo.
- »A cada inicio del curso el padre se hará cargo del abono del uniforme y chándal por duplicado, y al ser hijo de profesor se hará cargo de los libros y material escolar.
- »Los lunes y miércoles, el padre es entrenador de una escuela de baloncesto, por lo que el menor asistirá a esta actividad, abonando en este supuesto el mismo el coste.
- »Si los martes y jueves quiere realizar el menor otra actividad y/o deporte también se abonará por el padre, previo acuerdo de ambos progenitores.
- »Respecto a los gastos extraordinarios se abonarán al 50% y serán los siguientes: odontológicos, viajes escolares, gastos de comunión y los gastos del bachillerato y universidad (libros, matriculas, tasas...), gastos médicos no cubiertos por la seguridad social.
- »Todos aquellos que no estén recogidos anteriormente y puedan surgir, serán previamente consensuados por ambos progenitores, por lo que de no alcanzarse acuerdo, serán abonados por el progenitor que lo haya producido.
- »Todo ello con expresa imposición de las costas del proceso a Dña. Rita , por mala fe , así como se opusiera a la modificación solicitada».



2.- La demandada Dña. Rita contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Cristina Caballero Ruiz Maya y bajo la dirección letrada de Dña. Lorena García Abreu, 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 acuerde desestimar la demanda formulada por dicha representación, manteniendo íntegramente las medidas acordadas en sentencia de divorcio.

»Todo ello con expresa condena en costas a la contraparte».

3.- El fiscal comparece ante el juzgado solicitando al mismo:

«Se tenga contestada a la demanda y por opuesto a la misma, a no ser que se prueben los hechos en que se basa».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Córdoba se dictó sentencia, con fecha 1 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo estimar y estimo en parte la demanda formulada por D. Guillermo representado por la Sra. Cano Castro contra Dña. Rita, representados por la Sra. Caballero Ruiz Maya, sobre modificación de medidas definitivas aprobadas por sentencia de divorcio de 26 de junio de 2010, dictada por este juzgado en los autos número 373/2010 y debo aprobar y apruebo la siguiente modificación.

»1.- Se amplía el régimen de visitas a favor del padre incluyendo una pernocta semanal, los miércoles. El padre recogerá al menor a la salida del colegio y lo reintegrará al mismo al día siguiente.

»Manteniendo las demás medidas aprobadas por la sentencia de divorcio.

»Sin pronunciamiento expreso sobre las costas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia, con fecha 5 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimamos en parte como estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Guillermo contra la sentencia dictada con fecha 1 de julio de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia número cinco de esta capital, se revoca en el solo sentido de se amplía el régimen de los fines de semana a la recogida los viernes a la salida del colegio, manteniéndose el resto de sus pronunciamientos, sin especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada y devolución del depósito constituido para recurrir».

Y en fecha 19 de abril de 2016 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva señala:

«No se accede a la aclaración de sentencia interesada por la procuradora Sra. Cano Castro en nombre de D. Guillermo ».

TERCERO.- 1.- Por D. Guillermo se interpuso recurso de casación por interés casacional, basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción, por indebida aplicación, de la norma contenida en el art. 92.6 del Código Civil.

Motivo segundo.- Infracción, por indebida aplicación, de la norma contenida en el art. 92.8 del Código Civil.

Motivo tercero.- Infracción, por indebida aplicación, de la norma contenida en el art. 90.3 del Código Civil. Inexistencia de doctrina pero si de Jurisprudencia del **Tribunal Supremo** por ser una nueva norma.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 17 de mayo de 2017, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Beatriz Sordo Gutiérrez, en nombre y representación de Dña. Rita, presentó escrito de oposición al mismo. Por su parte el fiscal, tras realizar las alegaciones que estimó oportunas interesa se case la sentencia recurrida y se acuerde el sistema de la guarda y custodia compartida.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 11 de octubre de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Antecedentes* .

El presente recurso de casación se interpone contra una sentencia recaída en un juicio de modificación de medidas. Más en concreto, D. Guillermo interpuso demanda de modificación de medidas contra Dña. Rita , en la que se pretendía por el demandante la atribución en exclusiva de la guarda y custodia del hijo menor (nacido el NUM000 -2008).

La parte demandada se opuso a la demanda argumentando que el interés del menor justifica el mantenimiento del menor en el régimen de guarda y custodia a favor de la madre. A tales efectos señala que el citado menor tiene espectro autista lo cual implica que el mismo haya de tener una rutina específica que ayude a su buen desarrollo, no siendo conveniente para el menor el cambio de esa rutina dada su especial situación.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda. Dicha resolución denegaba el régimen de guarda y custodia compartida, solicitado por el padre, con base en que no se han alterado las circunstancias tenidas en cuenta al momento de dictarse la sentencia de divorcio acordando, no obstante, la ampliación del régimen de visitas en favor del padre, incluyendo una pernocta semanal, los miércoles, desde la salida del colegio hasta el jueves.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante, D. Guillermo , dictándose sentencia de fecha 5 de abril de 2016, por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba , la cual estimó en parte el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de primera instancia en el sólo sentido de ampliar el régimen de los fines de semana a la recogida de los viernes a la salida del colegio, manteniéndose el resto de pronunciamientos.

En concreto esta última resolución mantiene el régimen de guarda y custodia en favor de la madre. A tales efectos señala que ha sido la madre, por ser con quien estaba mayor tiempo con el menor, la que ha podido llevarlo a los tratamientos que precisaba, quien ha estado más cerca del menor a lo largo del proceso, desde el diagnóstico que tuvo en su momento hasta su superación en el momento presente sin tratamiento alguno, por más que, como dijo la madre, tenga algunos tics que no puede controlar el menor. Es ella la que ha estado pendiente de brindar al menor los cuidados y atenciones que el tratamiento le exigía al progenitor custodio, lo que no puede identificarse con hacer los deberes y trabajar el lenguaje que indica el padre, entre otras cosas porque, fuera de los fines de semana, y según indica el mismo, no tenía tiempo para hacerlo en el sistema hasta ahora vigente. Añade que el régimen de guarda en favor de la madre ha sido beneficioso para el menor, siendo la madre la que dada la peculiar situación del menor, aun cuando el padre fuera a las reuniones mensuales, ha estado más pendiente del menor.

Contra esta última resolución se interpuso por D. Guillermo recurso de casación.

El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la recurrente se articula en tres motivos.

En el motivo primero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 92.6 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan, de forma conjunta, hasta trece sentencias procedentes de Madrid, Murcia, Málaga, Cádiz y Sevilla, todas ellas relativas a la guarda y custodia compartida.

Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta las pruebas aportadas en tanto que quedando acreditada la plena capacidad y aptitud de ambos progenitores para asumir la guarda y custodia del menor lo más beneficioso para este es el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida.

En el motivo segundo, tras citar como precepto legal infringido el artículo 92.8 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales y por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales se citan, por un lado, seis sentencias de la Audiencia Provincial de Sevilla que consideran la custodia compartida como algo excepcional, señalando con un criterio jurídico coincidente entre si y dispar del anterior hasta cuatro sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, que considera que la custodia compartida es un sistema normal que no tiene carácter excepcional.

Así mismo se citan hasta trece sentencias procedentes de diferentes Audiencias Provinciales que se muestran favorables al régimen de guarda y custodia compartida dados los beneficios que supone para el menor.

Además, el recurrente alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el régimen de guarda y custodia compartida. A tal fin cita como opuestas a la recurrida las sentencias de esta sala de fechas 26 de junio de 2015 , 9 de septiembre de 2015 , 7 de julio de 2011 , 21 de julio de 2011 , 10 y 11 de marzo de 2010 , 29 de abril de 2013 , 7 de junio de 2013 , 19 de julio de 2013 , 29



de noviembre de 2013 , 25 de abril de 2014 , 2 de julio de 2014 , 16 de octubre de 2014 , 18 de noviembre de 2014 , 16 de febrero de 2015 , 26 de junio de 2015 y 21 de octubre de 2015 .

Señala la parte recurrente que las meras desavenencias entre los padres no impiden el establecimiento de la guarda y custodia compartida, reiterando que lo más adecuado para el menor en el presente caso es el establecimiento del régimen de guarda y custodia compartida.

Por último, en el motivo tercero, tras citar como precepto legal infringido el artículo 90.3 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, afirmando la inexistencia de jurisprudencia de esta sala sobre el citado precepto.

Señala la parte recurrente que estableciendo dicho precepto la posibilidad de modificar las medidas adoptadas cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades del hijo o el cambio de circunstancias de los cónyuges ya no es necesaria la existencia de una alteración sustancial de las circunstancias pudiendo ser modificadas las medidas acordadas cuando ello sea en beneficio del menor, como ocurre en el presente caso. A lo largo del recurso citan en relación con el mentado precepto, el artículo 90.3 del Código Civil , dos sentencias de esta sala, en concreto la de fecha 13 de abril de 2016, recurso núm. 1473/2015 y la de fecha 29 de marzo de 2016, recurso de casación 1159/2015 .

El Ministerio Fiscal mostró su disconformidad con las causas de inadmisión puestas de manifiesto con base en dos argumentos: a) al negarse por la sentencia recurrida la existencia de un cambio sustancial de circunstancias se vulnera la doctrina fijada por esta sala conforme a la cual es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido tras la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la cual estableció amplias facultades para la decisión de los tribunales sobre esta materia sin necesidad de estar vinculados al informe favorable del Ministerio Fiscal y b) porque la sentencia recurrida no tiene en cuenta el hecho determinante que en la fijación y modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio ejerce el cumplimiento de años por el menor afectado, petrificando las medidas en su día acordadas y sin acomodarlas al transcurso del tiempo.

SEGUNDO .- *Causas de inadmisibilidad* .

Se opone la inexistencia de interés casacional.

Deben rechazarse la causa de inadmisibilidad dado que se denuncia la violación de la jurisprudencia de esta sala sobre la modificación de circunstancias y la protección del interés del menor.

TERCERO .- *Motivos primero, segundo y tercero*.

1.- Motivo primero.- Infracción, por indebida aplicación, de la norma contenida en el art. 92.6 del Código Civil .

La sentencia impugnada ha desestimado el recurso de apelación interpuesto por el recurrente, manifestando que no se ha dado un cambio sustancial de las circunstancias para denegar la petición de la custodia compartida que hizo el padre mediante este proceso, pero sin embargo tanto en primera instancia como en fase de apelación, si han decidido uno y otro, ampliar el tiempo de convivencia del hijo, Jeronimo de ocho años, con su padre, porque tanto la juez de Primera Instancia, como la Sala de la AP de Córdoba, son conscientes, que los niños, en casos como el de esta familia (idoneidad de ambos progenitores, relación civilizada entre ambos, nula existencia de conflictos de relevancia, etc), es bueno que tengan más presentes en sus vidas cotidianas a ambos progenitores.

2.- Motivo segundo.- Infracción, por indebida aplicación, de la norma contenida en el art. 92.8 del Código Civil .

Con carácter subsidiario y para el supuesto de inadmisión del primer motivo, se considera que la sentencia recurrida, ha infringido lo establecido en el art. 92.8 del Código Civil , en el cual se señala lo siguiente: «Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe (favorable) del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor».

Antes de abordar el desarrollo del presente motivo, se señala que el inciso «favorable» contenido en este apartado 8.º del art. 92, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio , ha sido declarado inconstitucional y nulo por sentencia TC (pleno) de 17 de octubre de 2012 .

3.- Motivo tercero.- Infracción, por indebida aplicación, de la norma contenida en el art. 90.3 del Código Civil . Inexistencia de doctrina pero si de jurisprudencia del Tribunal Supremo por ser una nueva norma.

Con motivo de la nueva regulación de la jurisdicción voluntaria y de los derechos de la infancia, para su adaptación a las normas supranacionales y a la nueva realidad social del país, el Parlamento aprobó



recientemente la ley 42/2015, de 5 de octubre, que ha modificado el texto del art. 90.3 de Código Civil, siguiendo las directrices de la doctrina del Supremo en el siguiente sentido: «Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges». Esto es, ya no se exige legalmente el «cambio sustancial de circunstancias» sino que bastaría que sea beneficioso para los hijos, como en este caso.

Quizás el legislador, como hace referencia la sentencia que recurrimos, se ha olvidado de adaptar otras normas referidas al cambio de circunstancias, pero esta parte entiende que la interpretación que hace la sala cuya sentencia recurrimos, no ha aplicado la voluntad del legislador, ni de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni la propia ley, en particular lo que dice el art. 3 del Código Civil sobre la interpretación de las normas.

CUARTO .- *Decisión de la sala. Custodia compartida* .

Se desestiman los motivos.

Se ha constatado que el menor que fue diagnosticado de trastorno de espectro autista, del que ha evolucionado a un trastorno de lenguaje y del que no necesita tratamiento, mantiene una «situación peculiar», según se declara en la sentencia recurrida, no debería someterse a «un continuo trasiego» ni a un «continuo cambio», en cuanto debería primar la estabilidad (FDD tercero).

De la sentencia recurrida también se infiere que el padre, en los momentos iniciales de la enfermedad, en los que precisó de más atención médica, no se implicó de la misma manera que la madre.

Añade la sentencia de apelación que la resolución no se dicta en interés de los padres, sino del menor.

En la sentencia de la Audiencia Provincial, se amplía el régimen de visitas, hasta el punto de incluir en los fines de semana el viernes desde la salida del colegio, con lo que ha sido sensible a la modificación de circunstancias, pero no hasta el punto de conceder la solicitada custodia compartida.

De todo ello se deduce que no se viola la doctrina jurisprudencial de esta sala en interpretación de los preceptos citados dado que:

1. Cuando se opone la violación del art. 92.6 del C. Civil, se alega que el Tribunal de apelación no ha tenido en cuenta las pruebas practicadas, cuando ello no puede ser objeto del recurso de casación (art. 477.1 LEC), que solo versa sobre la aplicación o interpretación de normas jurídicas sustantivas.

2. En la sentencia recurrida no se discute la bondad del sistema de custodia compartida, insistentemente analizado por esta sala (sentencias 390/2015, de 26 de junio, y 465/2015, de 9 de septiembre, entre otras). Tan solo se valora si ese es el sistema más adecuado dadas las circunstancias peculiares del menor, llegando a la conclusión de que el sistema de guarda por la madre es el menos desestabilizante para el menor, sin perjuicio de un amplio régimen de visitas por el padre, que, de hecho, se amplía, dada su profesión de maestro-pedagogo.

3. No se infringe el art. 90.3 del C. Civil, pues se valoran las necesidades del menor, hasta el punto de primar su estabilidad, en cuanto los continuos cambios podrían perjudicar la «peculiar situación del menor».

En suma, pese a que el menor tenga en la actualidad 9 años, no se ha considerado que las circunstancias se hayan modificado hasta el punto de que fuese necesario cambiar el sistema de custodia, dado que ello no favorecería el interés del menor.

Esta sala aprecia que en la sentencia recurrida se expresa detalladamente y con transparencia la *ratio decidendi* (razón de decidir), se reconoce que la normativa y jurisprudencia ha evolucionado en materia de custodia compartida, pero no entiende que la alteración de las circunstancias aconseje un cambio de la custodia, si bien, haciéndose eco parcial de las alegaciones del recurrente, amplía los días de visitas.

Esta sala ha declarado en interpretación del art. 90.3 del C. Civil en su vigente redacción que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que basarse en «un cambio sustancial, pero sí cierto» (sentencia 242/2016, de 12 de abril).

De acuerdo con esta doctrina debemos declarar que no se aprecian cambios ciertos o significativos que aconsejen el cambio de sistema de custodia acordado en su día por las partes y que se ha ampliado tanto en primera como en segunda instancia.

La inexistencia de informe psicosocial, prueba que fue solicitada y denegada (cuya denegación no se recurre en infracción procesal), impide de forma significativa valorar la situación del menor, dado que los informes (escolares y médicos) aportados datan, el más reciente, de 2015 y no se emitieron desde la perspectiva integral de los informes psicosociales (art. 92.9 del C. Civil) que abarcan tanto al menor, como a los progenitores.



QUINTO .- Se imponen las costas del recurso de casación al recurrente (art. 398 de la LEC) y la pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Guillermo , contra sentencia de fecha 5 de abril de 2016, de la apelación 1180/2015, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. **3.º**- Procede imposición en las costas del recurso al recurrente. Procede la pérdida del depósito constituido para recurrir en casación. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ