



Roj: **STS 3755/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3755**

Id Cendoj: **28079110012017100550**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2017**

Nº de Recurso: **3305/2016**

Nº de Resolución: **579/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 2278/2016,**
STS 3755/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 25 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Las Palmas, como consecuencia de autos de modificación de medidas n.º 427/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Lanzarote, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Apolonio, representado ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña Matilde Marín Pérez bajo la dirección letrada de don Eugenio Antonio Seoane-Chanes Castiñeira; siendo parte recurrida doña María Consuelo, representado por el procurador de los Tribunales don Jesús Iglesias Pérez bajo la dirección letrada de doña Nieves Africa Zabala Fernández. 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.- La procuradora doña Noelia Lesmes Rodríguez, en nombre y representación de don Apolonio, interpuso demanda sobre modificación de medidas, contra doña María Consuelo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«por la que estimando esta demanda se acuerde establecer la guarda y custodia compartida con respecto a la hija menor Carina, y en consecuencia se declare extinguida la pensión de alimentos acordada en la sentencia de 16 de enero de 2008, debiendo asumirse los gastos de la hija menor al cincuenta por ciento, bien mediante ingreso en una cuenta común o bien mediante el sufragio de los gastos por quien corresponda ejercer la custodia en cada período de tiempo, pues ambos progenitores gozan de capacidad y solvencia económica similar, siendo que la menor Carina desarrollará su relación con ambos en el régimen de convivencia propuesto en el hecho sexto de la demanda, a falta de acuerdo o de propuesta de otro mejor en interés de la menor».

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 Joaquín González Díaz, en nombre y representación de doña María Consuelo, 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, se absuelva a mi representada de todos los pedimentos de contrario, y en la que se acuerde continuar con lo pactado en el Convenio Regulador de fecha 16 de octubre de 2007, aprobado por sentencia de fecha 16 de enero de 2008».

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 2 de Arrecife, dictó sentencia con fecha 24 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«ESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Noelia Lesmes Rodríguez, en nombre y representación de Don Apolonio frente a Doña María Consuelo , y se acuerda modificar las medidas acordadas en la sentencia de 8 de fecha 16 de enero de 2008, dictada en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo 427/2007 por la que se aprobaba el Convenio regulador suscrito por las partes en fecha 16 de octubre de 2007, y, en su lugar, acordar el otorgamiento de custodia compartida sobre la menor Carina a los progenitores de la misma y, por consiguiente, se decreta la modificación de la estipulación I y III del convenio regulador del divorcio, en el sentido siguiente:

»I.- Los progenitores tendrán a la menor en su compañía por semanas alternas. El intercambio del menor se verificará los lunes, de modo que el que tenga al menor lo dejará en e centro escolar en el horario de inicio de la jornada escolar, y el otro lo recogerá a la salida de clase ese día.

»Si un lunes fuese festivo, o no hubiera colegio por cualquier causa, el intercambio se verificará en e domicilio del progenitor que no tenga consigo a la hija común, y que le corresponda iniciar el periodo semanal, a las 12'00 horas, siendo llevado y entregado por el progenitor que tiene consigo al menor hasta dicho momento.

»En cuanto a las vacaciones de verano, semana santa, y navidad se mantendrá lo pactado por los progenitores en el convenio regulador de fecha 6 de octubre de 2007.

»III.- Cada progenitor, con sus ingresos propios, atenderá directamente los alimentos cuando tenga consigo al hijo, debiendo hacer frente por mitad a los gastos escolares ordinarios, así como a los de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico, siendo los gastos extraordinarios por mitad.

»El nuevo régimen será efectivo desde la notificación de la presente sentencia.

Quedan inalterados los restantes acuerdos alcanzados por las pares en el citado convenio regulador.

»No procede hacer especial imposición en las costas causadas en la tramitación de este procedimiento a ninguna de las partes».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña María Consuelo . La sección tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimamos los recursos de apelación interpuestos por la representación de doña María Consuelo y por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de 24/03/2015 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Arrecife , la cual revoca desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la actora sin costas en ambas instancias.

»La estimación del recurso lleva a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas haciéndolas saber que contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado, salvo que tenga reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

»Dedúzcase testimonio de esta resolución, que se llevarán al rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución, interesando acuse recibo».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Apolonio con apoyo en el siguiente: Motivo.- Único.- Vulneración del principio de favor filii y del artículo 92 del código civil , al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero, al haberse infringido por aplicación indebida y/ o incorrecta del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39, párrafo segundo de la Constitución Española porque se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que



determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que recogen entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2009 , 10 y 11 de marzo de 2010 , 1 de octubre de 2010 , 7 de julio de 2011 , 9 de marzo de 2012 , 29 de abril de 2013 y 25 de noviembre de 2013 , entre muchas otras.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 24 de mayo de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Jesús Iglesias Pérez, en nombre y representación de doña María Consuelo , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Apolonio recurre la sentencia para que se acuerde la guarda y custodia compartida de su hija Carina , nacida el día NUM051 de 2007, en la forma que había sido acordada por el juzgado de 1.ª instancia, en juicio de modificación de medidas.

La sentencia del juzgado concede este régimen de guarda, por semanas y atención alimenticia de cada uno de los padres cuando tengan consigo a la hija, con reparto por mitad de los gastos escolares ordinarios, así como de los de salud que no estén cubiertos por la seguridad social o por seguro médico y los extraordinarios. Lo argumenta de la siguiente forma:

a) no resulta acreditada la mala relación entre los progenitores invocada por la madre, ni que, en su caso, esta mala relación afecte a la hija; b) ambos progenitores mantienen vías de comunicación sobre los asuntos que afectan a la hija; c) hubo una ampliación de mutuo acuerdo del régimen y visitas establecido en el convenio regulador de 16 de octubre de 2007; d) el régimen de visitas se desarrolla sin incidencias y ha sido cumplido por el padre; e) no se cuestiona la idoneidad de ambos padres para el ejercicio de su responsabilidad parental; f) está acreditada la proximidad de los domicilios materno y paterno y a su vez del colegio de la niña; g) la hija común tiene dos hermanos más, fruto de la relación de Don Apolonio con su actual cónyuge; h) reconoce la madre que el padre ha acudido a tutorías de la hija, así como a recoger las notas del colegio en alguna ocasión, y i) con este sistema se avanza en la línea establecida por los mismos en el convenio regulador, en la medida que la menor va creciendo.

Los argumentos de la sentencia ahora recurrida para estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia del juzgado, dejando sin efecto el régimen impuesto, son los siguientes:

«ninguna prueba aportó la actora respecto al beneficio que podría reportar a la menor el cambio de guarda pretendido, guarda que hay que señalar se ha venido llevando a cabo, sin incidencia alguna, desde que la menor cumplió los siete meses de edad, y que ni se ha probado ni se ha alegado sea o haya sido perjudicial para la menor y si a ello añadimos que el actor en su petición de modificación del régimen de custodia solicitaba acordara una custodia compartida tal petición no era acorde con el régimen de visitas que señalaba debía establecerse pues al proponer que se mantuviera el existente si bien ampliándolo a la pernocta de los dos días intersemanales que venía disfrutando por acuerdo de las partes, así como a la ampliación de la pernocta del domingo en los fines de semana que le correspondía la visita, tal propuesta se compadece más con un régimen de guarda monoparental, con amplitud de comunicación y visitas, que con un régimen de guarda y custodia compartida , y si bien ahora en su oposición a los recursos interpuesto manifiesta que acepta la guarda compartida señalada en sentencia la ausencia de prueba respecto a que el interés de la menor se proteja mejor con el régimen de guarda y custodia compartida impide que se establezca dicho régimen pues no basta, para acordar el cambio, con que se alegue que el padre es un buen padre, ni que con el nuevo régimen se favorecería, en abstracto, el *favor filii* pues, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero del 2016 , es necesario que se pruebe, pues nos encontramos frente a un procedimiento de modificación de medidas, un cambio de circunstancias que justifiquen la modificación pretendida y además que dicho cambio beneficie al menor pues como dice la sentencia de 18 noviembre 2011 , el sistema de visitas o custodia está concebido «como una forma de protección del interés de los menores», interés éste que no se ha probado se de en el presente caso lo que nos lleva, con revocación de la sentencia de instancia a la estimación de los recursos interpuestos».



SEGUNDO.- En un motivo único se alega la vulneración de la doctrina de esta sala expresada en las sentencias que cita, además del artículo 92 del Código Civil, artículo 39 Constitución Española y 3,1 de la Convención de Naciones Unidas, sobre derechos del niño.

Se estima.

1.- La doctrina de esta sala sobre la guarda y custodia compartida es clara y reiterada, básicamente «en interés y beneficio del menor, que es lo que, en definitiva debe controlar esta sala en casación. La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre» (sentencia 154/2012, de 9 marzo, que cita las sentencias 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio). 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» (sentencia 261/2012 / de 27 de abril).

2.- Este interés no ha sido protegido en este caso. Lo que prima cuando se valora el régimen de custodia no es tanto el beneficio que proporciona la medida a los hijos, como el perjuicio que puede ocasionarles de acordarse. El beneficio se supone a partir de una reiterada jurisprudencia de esta sala (sentencia 257/2013, de 29 de abril, entre otras) que considera que la guarda y custodia compartida no es una medida excepcional, sino deseable en interés de los menores, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis.

3.- Lo que se valora cuando, como aquí sucede, se interesa un cambio de medida a partir de un convenio regulador previo en el que la hija quedó al cuidado de su madre, es el perjuicio que puede representar a la menor salir de una relación estable y beneficiosa monoparental con uno de los progenitores, a un régimen conjunto de custodia que en la práctica puede ser más complejo que la que se lleva a cabo cuando los padres conviven, lo que 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 no perjudiquen 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.

4.- La sentencia recurrida ha dejado sin efecto la guarda y custodia compartida acordada en la primera instancia, sin tener en cuenta lo siguiente:

(i) Se trata de una medida que debe acordarse siempre en interés del menor, que es el criterio fundamental a tener en cuenta para tomar esta decisión, criterio que es independiente de las opiniones de quien deba adoptar dicha medida y que debe basarse en razones objetivas (sentencia 576/2010, de 1 de octubre).

(ii) La sentencia no concreta el interés de la menor, Carina, en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración. La sentencia petrifica la situación de la menor desde el momento del convenio regulador de 16 de octubre de 2007, aprobado judicialmente el 16 de enero de 2008, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido, como precisa la sentencia 390/2015, de 26 de junio.

(iii) El hecho de que se haya «venido llevando a cabo, sin incidencia alguna, desde que la menor cumplió los siete meses de edad», como dice la sentencia, no es especialmente significativo para impedirlo. Lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés del menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos padres están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual, como resulta de la sentencia de 29 de noviembre de 2013.

(iv) Lo que se pretende con esta medida -dice la misma sentencia- es «asegurar el adecuado desarrollo evolutivo, estabilidad emocional y formación integral del menor» y, en definitiva, «aproximarlo al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que sin duda parece también lo más beneficioso para ellos».

(v) La rutina en los hábitos de la niña que resultan del régimen impuesto en el convenio regulador no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que no se avanza en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, de una forma responsable.

(vi) Se añade una circunstancia nueva: el nacimiento de dos hermanos menores habidos en una nueva relación de su padre, con posterioridad a la sentencia de 2008, lo que va a permitir a la niña pasar más tiempo con ellos, y fortalecer los vínculos fraternales, a partir de una unidad familiar más amplia.



TERCERO.- La estimación del recurso formulado determina la casación de la sentencia. Asumiendo la instancia, se estima la demanda y se acuerda el sistema de guarda y custodia compartida en relación la hija de los litigantes, manteniendo en todos sus extremos la sentencia dictada por el juzgado de 1.ª instancia y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

CUARTO.- No se imponen a ninguna de partes las costas del recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.1 LEC , que se remite al art. 394 LECiv . Tampoco las causadas en ninguna de ambas instancias.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Apolonio contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 27 de junio 2016, dictada en el rollo de apelación n.º 505/2015 . **2.º-** Se casa y anula la sentencia recurrida. **3.º-** En su lugar se repone la sentencia dictada por el Juez de 1.ª Instancia del Juzgado n.º 2 de Arrecife, de 24 marzo 2015 . **4.º-** No se imponen las costas del recurso de casación a los litigantes. **5.º-** No se imponen las costas de ambas instancias a ninguno de los litigantes. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.