

Roj: **STS 3929/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3929**Id Cendoj: **28079110012017100572**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **08/11/2017**Nº de Recurso: **1867/2016**Nº de Resolución: **595/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GR 406/2016,**
STS 3929/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 8 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de modificación de medidas n.º 176/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Granada, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Feliciano, representado ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don Antonio Esteban Sánchez bajo la dirección letrada de doña Estefanía Roldán Morales; siendo parte recurrida doña Delia, representada por la procuradora de los Tribunales doña Belén Jiménez Torrecillas, bajo la dirección letrada de don Pablo Álvarez Cienfuegos. 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 María Luisa Rodríguez Noguerras en nombre y representación de don Feliciano, interpuso demanda sobre modificación de medidas, contra doña Delia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1.º.- Se sustituya el régimen de guarda y custodia a favor de D. Delia, por un régimen de guarda y custodia compartida, del menor Paulino, de la Sra. Delia y el Sr. Feliciano.

»2.º.- Que se establezca para el régimen de custodia compartida, puesto que ha resultado ser muy beneficioso para el menor y con el fin de preservar su continuidad y estabilidad de éste, el mismo reparto de días que hasta ahora se ha venido llevando a cabo, es decir, la mitad de los periodos vacacionales, fines de semana alternos y dos días a la semana para cada progenitor. De manera que el menor estará lunes y jueves con el padre, desde la salida del centro escolar hasta el día siguiente por la mañana que lo dejará en el colegio, martes y miércoles con la madre, desde la salida del centro escolar el martes hasta el jueves por la mañana que lo dejará en el colegio. El fin de semana que a D. Feliciano le corresponda el menor lo recogerá el jueves a la salida del colegio y lo en su compañía hasta el martes por la mañana, que lo llevará al centro escolar.

Lunes Martes Miércoles

Jueves Viernes Sábado Domingo

Padre Madre Madre Padre Padre Padre Padre



Padre Madre Madre Padre Madre Madre Madre

Padre Madre Madre Padre Padre Padre Padre

Padre Madre Madre Padre Madre Madre Madre

»3º.- Una vez establecido este régimen, la extinción de la pensión alimenticia fijada a favor del hijo así como el régimen de visitas.

»Todo ello con expresa condena en costas a la Sra. Delia en caso de oponerse a la presentada demanda, por su temeridad y mala fe».

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- La procuradora doña Antonia María Cuesta Naranjo, en nombre y representación de doña Delia, 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 íntegramente la demanda planteada de contrario con expresa imposición de las costas al demandante».

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 3 de Granada, dictó sentencia con fecha 23 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando la demanda formulada por la Procuradora Sra. Rodríguez Noguerras en nombre y representación de DON Feliciano contra DOÑA Delia, debo acordar y acuerdo la modificación de las medidas adoptadas en los autos de Divorcio n.º 864D/05 en lo siguiente:

»Primera.-Se fija el régimen de guarda y custodia compartida, en fines de semana alternos de viernes a lunes, lunes y martes con el padre y miércoles y jueves con la madre. Las entregas y recogidas se realizarán en el centro escolar.

»Segunda.- En cuanto al régimen de visitas, se fija la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano. En los años impares corresponderá a la madre la primera mitad de los periodos vacacionales y al padre la segunda, y al contrario los años pares. Y, en los periodos vacacionales el menor con el que se encuentre el menor llevará a éste al domicilio del progenitor con el que inicia la estancia.

»Tercera.- Por lo que se refiere a los gastos cada progenitor deberá soportar y sufragar los gastos de manutención, vestido y alojamiento del hijo menor cuando lo tenga consigo y en cuanto a los demás gastos ordinarios y extraordinarios, deberán ser satisfechos por mitad.

»No se hace expresa declaración sobre el abono de las costas causadas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Delia. La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 15 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMAR el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora en nombre y representación de Doña Delia contra la sentencia de veintitrés de julio de dos mil quince dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Granada en los autos de Modificación de Medidas n.º 176/2014 seguidos a instancias de Don Feliciano contra Doña Delia, de los que dimana el presente rollo y en los que igualmente ha sido parte el Ministerio Fiscal, REVOCANDO la misma, desestimando la demanda, sin condena en costas en ninguna de las instancias, con devolución a la apelante del depósito constituido».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Feliciano, con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción del artículo 92 del Código Civil, al amparo de lo establecido en el artículo 477.2. 3.º de la vigente LEC, en relación con el artículo 3.1. de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 39 de la Constitución Española y el artículo 2 de la 1/1996 de la Protección del Menor. Segundo.- Infracción del art. 90.3 del Código Civil al establecerse en la sentencia que las medidas adoptadas pueden ser modificadas "solo cuando concurre una alteración sustancial en la fortuna de uno u otro de los cónyuges". Tercero.- Infracción de la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo. Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3. de la LEC, en relación al art. 477.3. por oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.



QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 14 de junio 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, la procuradora doña Belén Jiménez Torrecilla, en nombre y representación de doña Delia presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de octubre de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Feliciano formula recurso de casación contra la sentencia que, en juicio de modificación de medidas, niega la pretensión guarda y custodia compartida que había interesado y concedida por el juzgado, porque no se han alterado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el convenio regulador para cambiar el sistema de guarda y custodia exclusiva por parte de la madre.

Nadie cuestiona, dice la sentencia, «la buena relación del padre con Paulino , incluso con los demás hijos habidos de relaciones posteriores, pero desde luego esa situación no ha aparecido *ex novo* tras la sentencia de divorcio. No se aclara por el demandante donde tiene su residencia ni cual sea la situación actual con respecto a cada una de sus parejas de las que tenido dos hijos. Frente a eso, la situación de la madre se muestra estable, el hijo de ambos convive con el hermano materno, y destacando la buena labor de uno y otro progenitores, que es deseable que se mantenga siempre por el bien del hijo, no parece razonable someter ahora a Paulino a un cambio tan importante de vivienda, o colegio incluso lugar de residencia, frente a un sistema que ha funcionado y debe seguir haciéndolo, no se duda de que será el deseo de ambos progenitores».

Paulino permanece conviviendo con la madre desde el divorcio de sus padres el año 2010. Entonces tenía ocho años. Esta convivencia se ha venido desarrollando sin problemas gracias al buen hacer de ambos progenitores, como el propio recurrente puso de relieve. Se añade a lo dicho, señala la sentencia, «que la demandada, apelante ahora, tuvo otro hijo de cinco años, con el convive Paulino como hermanos que son» y que «el padre por su parte, tras una fracasada relación, de la que tuvo una hija, inició otra, que asimismo ha tenido descendencia, y no hay quejas de dificultades de relación con el menor».

SEGUNDO.- Se han formulado tres motivos de casación.

El primero por infracción del artículo 92 del Código Civil , en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño , artículo 93 Constitución Española y artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección del menor, que consagra el interés del menor como principio básico para adoptar la guarda y custodia compartida, además de las sentencias que cita de esta sala.

El segundo por infracción del artículo 90.3 CC porque se ha producido un cambio sustancial de circunstancias y el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable.

El tercero es por infracción de la doctrina de esta sala expresada en las sentencias 19 de junio 2013 y 29 de marzo 2016 .

Los tres se desestiman.

1.- 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 si cierto (sentencias 346/2016, de 24 de mayo , 529/2017, de 27 de septiembre)

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. (sentencias 162/2016, de 16 de marzo, 413/2017, de 27 de junio, 529/2017, de 27 de septiembre).

2.- En el presente caso, el interés del menor no aconseja el cambio interesado. Es doctrina reiterada de esta sala que cuando se discute la guarda y custodia compartida 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 (sentencias 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, 323/2012, de 21 mayo, 750/2015, de 30 de diciembre).

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 ».

3.- La custodia compartida se interesa con el mismo reparto de días que se había llevado a cabo desde el año 2011, es decir, la mitad de los periodos vacacionales, fines de semana alternos y dos días a la semana para cada progenitor y, como consecuencia, la extinción de la pensión alimenticia. Se pretende, en definitiva, el cambio de una guarda y custodia compartida que califica «de hecho» a otra de derecho o simplemente nominal de la que deduce como consecuencia la extinción de la prestación alimenticia que venía satisfaciendo, y ello no integra un cambio de las circunstancias en el sentido propuesto. Como recuerda la sentencia 564/2017, de 17 de octubre, «no cabe recurso de casación para obtener un cambio de denominación en el sistema de custodia, pues el régimen de visitas no varía», lo que implica que no se haya producido un cambio de las circunstancias que, en interés del hijo, justifique la pretensión del recurrente.

Pero es que, además, la sentencia recurrida, con mayor o menor acierto en su argumentación, ha tenido en cuenta el interés del menor, motivando suficientemente su decisión a partir del respeto hacia el referido principio.

4.- Sucede lo mismo con los alimentos que integraron su inicial pretensión y es que carece de sentido que con los mismos días de estancia del hijo con su padre se pretenda dejar sin efecto los alimentos que se venían satisfaciendo.

TERCERO.- En cuanto a costas del recurso, se imponen a la parte recurrente, tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

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 Feliciano, contra la sentencia dictada la Audiencia Provincial de Granada, Sección 5.ª de fecha 15 de abril de 2016; con expresa imposición de las costas al recurrente. 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.