



Roj: **STS 4372/2017 - ECLI:ES:TS:2017:4372**

Id Cendoj: **28079110012017100624**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2017**

Nº de Recurso: **1286/2017**

Nº de Resolución: **665/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AV 35/2017,**
STS 4372/2017

CASACIÓN núm.: 1286/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 665/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 13 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2017, dictada en recurso de apelación 825/2016, de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Ávila, dimanante de autos de juicio de familia, para modificación de medidas, núm. 117/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Arenas de San Pedro (Ávila); recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Calixto, representado ante las instancias por la procuradora D^{ña}. María de los Ángeles Galán Jara, bajo la dirección letrada de D^{ña}. María Paloma Jiménez de la Puente, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora D^{ña}. Mónica de la Paloma Fente Delgado en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D^{ña}. Zaida, representada por la procuradora D^{ña}. María del Pilar Pérez Calvo, bajo la dirección letrada de D. Virgilio Iván Hernández Urraburu, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Calixto, representado por la procuradora D^{ña}. María de los Ángeles Galán Jara y asistido de la letrada D^{ña}. Paloma Jiménez de la Puente, interpuso demanda de juicio de familia para la modificación de medidas definitivas de procedimiento matrimonial contra D^{ña}. Zaida y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:



«Por la que se modifiquen la medidas actualmente existentes, acordando las siguientes:

»1.- Que se le atribuya la guarda y custodia compartida de los menores a ambos progenitores, con el siguiente régimen de estancias:

»- Semanas alternas con uno y otro progenitor, con cambio a la salida escolar los viernes.

»Durante la semana, el progenitor que no tenga consigo a los hijos estará con ellos los miércoles, desde la salida del centro escolar hasta las 20:30 horas, reintegrándolos al domicilio del que tenga la custodia en ese momento.

»- Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, se repartirán por mitad entre ambos progenitores, tal como se describirá en el apartado 2 de este suplico, de forma que si acabaran las mismas en un día intersemanal, continuarán con el progenitor con el que se encuentren hasta el viernes siguiente a la salida del colegio.

»2.- Subsidiariamente, para el caso de que no se estimara la anterior petición, se solicita que los menores pasen con su padre los martes y jueves desde la salida del centro escolar hasta el día siguiente, en el que el progenitor los llevará al centro escolar, concediendo al padre la facultad de decidir en lo relativo a las actividades extraescolares que realicen los menores en los días lectivos que le correspondan con él.

»3.- Por otra parte, puesto que está establecido un régimen de visitas con el otro progenitor de forma que el padre podrá estar con sus hijos los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del mismo; se solicita que cuando existan días festivos intersemanales sin que haya puente, se establezca que dichos días se disfruten de forma alterna por ambos progenitores.

»4.- En las vacaciones escolares, se solicita que los progenitores tengan a sus hijos durante la mitad de cada período de Navidad, Semana Santa y verano, y en caso de discrepancia en la elección de los períodos, elegirá los años pares la madre y los impares el padre, obligándose ambos a comunicar la elección del período que desean disfrutar con sus hijos de las vacaciones de verano y Navidad con un mínimo de tres meses de antelación y las vacaciones de Semana Santa antes del 31 de enero.

»Las vacaciones de Navidad se dividirán desde el último día escolar hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre, y el otro período desde esa fecha hasta el día del comienzo de las clases, en el que el progenitor con el que se encuentren les llevará al colegio. De este modo, cuando el padre disfrute el primer período recogerá a los menores en el colegio el día que inicien sus vacaciones y lo llevará al domicilio de la madre el día 30 de diciembre a las 20:00 horas; y si disfrutase del segundo período recogerá a los hijos en el citado domicilio de la madre el día 30 de diciembre a las 20:00 horas y los reintegrará al centro escolar el día del inicio de las clases.

»Asimismo, el padre disfrutará con sus hijos la mitad de las vacaciones de Semana Santa, de forma que si le correspondiera el primer período de las mismas los recogerá en el centro escolar el primer día de las vacaciones y los reintegrará al domicilio de la madre el día intermedio en que acabe este período a las 20:00 horas, y si le correspondiere el segundo período los recogerá en el domicilio de la madre ese día a las 20:00 horas y los reintegrará al centro escolar el primer día lectivo.

»En los períodos vacacionales, en caso de que el número de días festivos sea impar dicho día de más le corresponderá a la madre en años pares y al padre en años impares.

»5.- Se solicita que el día del cumpleaños de los menores ambos progenitores puedan tenerlos en su compañía, de forma que cada año el progenitor con el que estén los niños en ese período los tendrá hasta las 16:00 horas, mientras el otro progenitor disfrutará de su compañía desde las 16:00 horas hasta las 21:30 horas.

»6.- El día del padre los menores estarán con su padre y el día de la madre con su madre en horario de 10:00 a 20:00 horas, al igual que los días de los cumpleaños de ambos progenitores en caso de no ser lectivos. En el caso de que el cumpleaños del progenitor caiga en día lectivo, el mismo, aunque no le correspondiere esa fecha, podrá recoger a los menores a la salida del colegio hasta las 21:00 horas».

»Asimismo, los menores podrán asistir a bodas y otras celebraciones importantes de las familias paterna y materna aunque no les correspondiere estar con dicho progenitor ese día, para lo cual deberán avisarse ambos progenitores de dichas celebraciones con suficiente antelación.

»7.- Que se acuerde asimismo que mi mandante abone en concepto de pensión alimenticia para sus hijos la suma de 250,00 euros mensuales, cantidad que habrá de ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes, en el número cuenta designada al efecto.

»Del mismo modo, se solicita que ambos progenitores abonen por mitad los gastos extraordinarios de carácter necesario, periódicos o esporádicos, que no estén cubiertos por el sistema público sanitario o docente.



»Asimismo, se solicita se condene en costas a la parte demandada para el caso de que formulando la misma oposición se estimaran íntegramente las pretensiones objeto del suplico de la presente demanda».

2.- El fiscal contestando a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes suplicó al juzgado:

«Dikte sentencia de conformidad con lo que resulte probado de las actuaciones y los preceptos jurídicos oportunos».

3.- La demandada Dña. Zaida , representada por la procuradora Dña. Claudia Alonso Rodríguez y bajo la dirección letrada de D. Virgilio Iván Hernández Urraburu, 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 desestime íntegramente dicha demanda, y todo ello, con expresa condena en costas al demandante».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Arenas de San Pedro se dictó sentencia, con fecha 21 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Estimar la demanda interpuesta por D. Calixto , representado por la procuradora de los tribunales Sra. Galán Jara, contra Dña. Zaida , representada por la Procuradora Sra. Alonso Rodríguez, con intervención del Ministerio Fiscal, sobre modificación de medidas definitivas, y, en consecuencia:

»Se fija, por ello un régimen de custodia compartida, siendo la patria potestad también compartida. Del siguiente modo:

»- Los menores permanecerán una semana con cada progenitor, desde el lunes a la salida del centro escolar hasta el lunes siguiente, en que deberá dejarlo en el mismo centro escolar. En los intercambios los menores deberán llevar ropa limpia y enseres suficientes para pasar tiempo con el otro progenitor.

»- Durante la semana en que el progenitor no tenga a los menores en su compañía, tendrá derecho a estar con ellos dos tardes a la semana, martes y jueves, desde la salida del centro escolar y hasta las 21:30 horas, atendida la edad que ya tienen los menores.

»- En el caso de que no haya curso escolar o de que el lunes sea festivo, el cambio se realizará a las 11:00 horas de los lunes, en que los menores cambiarán al domicilio del otro progenitor.

»- Las vacaciones se disfrutarán por mitad entre los progenitores de común acuerdo. En caso de discrepancia, elegirá la madre los años pares y el padre los impares. Cada progenitor deberá comunicar al otro, con al menos tres meses de antelación, la fecha en la que desea disfrutar de la compañía de los menores en los períodos vacacionales. En el caso de que los días a repartir sean impares, esos días acrecerán a la madre en los años pares y al padre los impares.

»a) Navidades: se dividirán desde el último día escolar, a la salida del instituto, hasta las 20:00 horas del día 30 de diciembre; el segundo período, desde las 20:00 horas del 30 de diciembre hasta el día de comienzo de las clases, que serán llevados al centro escolar.

»b) Semana Santa: el primer período será desde la salida del centro escolar el último día lectivo, hasta el día intermedio a las 20:00 horas; el segundo período será desde ese día intermedio a las 20:00 horas, hasta la entrada al centro escolar de los menores el día de reinicio de las clases.

»c) Verano: se disfrutará por períodos de 10 días, a repartir de común acuerdo entre los progenitores.

»- El día del cumpleaños de cada menor, ambos progenitores tendrán derecho a permanecer con los dos hijos. Así, al que corresponda esa semana permanecerá con los hijos hasta las 18:30 horas, permaneciendo con el otro progenitor de 18:30 a 22:30 horas.

»- El día del cumpleaños de cada progenitor, el día del padre o el día de la madre, tendrán derecho a estar con sus hijos. Si le corresponde su compañía esa semana, aunque sea día de visita intersemanal con el otro progenitor, ésta quedará sin efecto. Si no le corresponde esa semana la custodia de los menores, aun así tendrá derecho a pasar la tarde con los dos, desde la salida del centro escolar y hasta las 22:30 horas. Los padres podrán llegar a acuerdos, y es deseable que así sea, sobre las compensaciones de los días de visitas intersemanales perdidos por este concepto. Si coincidieran en días festivos o fines de semana, el progenitor tendrá derecho a pasar con sus hijos el día completo, desde las 11:00 a las 22:30 horas, con las compensación que, en su caso, acuerden los progenitores. Los progenitores evitarán planificar viajes coincidiendo con el cumpleaños de los menores o del otro progenitor.



»- Los progenitores llegarán a acuerdos a fin de facilitar la asistencia de los menores a celebraciones con la familia del otro progenitor, debiendo compensarse el día de compañía perdido con los menores con otro día equivalente.

»- D. Calixto , entregará a Dña. Zaida , en concepto de pensión de alimentos de los menores, la cantidad mensual de 800 euros mensuales por ambos hijos, en doce cuotas anuales, dentro de los cinco días de cada mes, y sometida a revalorización conforme a IPC según las normas que se hubieran establecido en la sentencia de 11/07/2013. Satisfarán ambos por mitad los gastos extraordinarios.

»- Sin imposición de costas».

Y con fecha 16 de septiembre de 2016, se dictó auto de aclaración y rectificación cuya parte dispositiva señala:

«Estimar parcialmente la solicitud realizada por la procuradora Sra. Galán Jara, de rectificación de la sentencia dictada en fecha 21/07/2016 .

»1.- En el párrafo 2.º del fundamento de derecho primero de la resolución, en que se señalaba que "Alega que desde la firma del convenio regulador han cambiado las circunstancias", debe decir: "Alega que desde la tramitación del procedimiento inicial han cambiado las circunstancias".

»2.- En el fundamento de derecho 2.º y en el fallo de la sentencia, donde se refiere a la aplicación de la sentencia de 11/07/2013, debe referirse únicamente para la determinación de las fechas en que ha de llevarse a cabo la revalorización de las cantidades.

»3.- No procede hacer modificación alguna de la sentencia por lo que se refiere a los gastos extraordinarios».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, con adhesión del fiscal y con impugnación de la sentencia por la parte demandante, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ávila dictó sentencia, con fecha 27 de enero de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Zaida , al que se adhirió el Ministerio Fiscal y debemos desestimar y desestimamos la impugnación al recurso presentada por la representación procesal de D. Calixto contra la sentencia 254/2016 de fecha 21 de julio de 2016 , rectificada por auto de fecha 16 de septiembre de 2016 dictada por la titular del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Arenas de San Pedro en el procedimiento de modificación de medidas 117/2016 , del que el presente rollo dimana, y la revocamos en su integridad, en el sentido de desestimar en su integridad la demanda presentada por la representación procesal de D. Calixto contra doña Zaida , y debemos declarar y declaramos la vigencia y aplicación íntegra de la sentencia de fecha 11 de julio de 2013 modificada parcialmente por la sentencia dictada por esta Audiencia Provincial n.º 14/2015 de fecha 4 de febrero de 2015, dictadas ambas en el procedimiento de divorcio contencioso 391/12, que se mantienen en su integridad y que debemos desestimar y desestimamos íntegramente la impugnación al recurso de apelación presentada por la representación procesal de D. Calixto no habiendo lugar a reducir ni a modificar la pensión alimenticia que debe abonar mensualmente a sus hijos.

»No se imponen las costas del juicio a las partes ni en primera ni en segunda instancia».

Y con fecha 10 de febrero de 2017 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva acuerda:

«Rectificar el fundamento de derecho 3.º, pues donde dice: "Con lo expuesto en el fundamento anterior se justifica que tenga que rechazarse la impugnación al recurso de apelación...", debe decir " Con lo expuesto en el fundamento anterior se justifica que tenga que rechazarse la impugnación de la sentencia...".

»Y la parte dispositiva queda del siguiente tenor:

»Fallamos: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Zaida , al que se adhirió el Ministerio Fiscal y debemos desestimar y desestimamos la impugnación al recurso presentada por la representación procesal de D. Calixto contra la sentencia 254/2016 de fecha 21 de julio de 2016 , rectificada por auto de fecha 16 de septiembre de 2016 dictada por la titular del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Arenas de San Pedro en el procedimiento de modificación de medidas 117/2016 , del que el presente rollo dimana, y la revocamos en su integridad, en el sentido de desestimar en su integridad la demanda presentada por la representación procesal de D. Calixto contra doña Zaida , y debemos declarar y declaramos la vigencia y aplicación íntegra de la sentencia de fecha 11 de julio de 2013 modificada parcialmente por la sentencia dictada por esta Audiencia Provincial n.º 14/2015 de fecha 4 de febrero de 2015 dictadas ambas en el procedimiento de divorcio contencioso 391/12, que se mantienen en su integridad y que debemos desestimar y desestimamos íntegramente la impugnación de la sentencia recurrida, presentada por la representación procesal de D. Calixto no habiendo lugar a reducir ni a modificar la pensión alimenticia que debe abonar mensualmente a sus hijos".



»Se corrige la parte subrayada».

TERCERO.- 1.- Por D. Calixto se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC, por cuanto la sentencia 21/2107, de 27 de enero, de la Ilma. Audiencia Provincial sección 1.ª de Ávila, ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés de los menores en el análisis de las cuestiones relativas a su guarda y custodia a la vista de los hechos que declara probados, infringiendo lo establecido en el art. 90.3 del Código Civil y oponiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las sentencias 758/2013 de 25 de noviembre, 242/2016 de 12 de abril, y 251/2016 de 13 de abril, al establecerse en dicha sentencia recurrida que en el procedimiento de modificación de medidas el sistema de guarda y custodia acordado sólo puede modificarse cuando se ha acreditado que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges supongan que se han modificado sustancialmente las circunstancias, infringiendo con ello lo dispuesto en el citado art. 90.3 del Código Civil y en la jurisprudencia referida de esta sala que considera que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial» pero sí cierto.

Motivo segundo.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC, debido a que la sentencia objeto de este recurso ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés de los menores en el análisis de las cuestiones relativas a su guarda y custodia, infringiendo el art. 92 del Código Civil en relación con el art. 39 de la Constitución Española, el art. 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, presentando este recurso interés casacional porque la sentencia recurrida entra en oposición 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 viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo 48/2017 de 26 de enero, 391/2015 de 15 de julio, 433/2016 de 27 de junio, 116/2017 de 22 de febrero, 200/2014 de 25 de abril, 55/2016 de 11 de febrero, 135/2017 de 28 de febrero, 9/2016 de 28 de enero, 370/2013 de 7 de junio, 762/2012 de 17 de diciembre de 2013 y la 51/2016 de 11 de febrero.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de julio de 2017, se acordó admitir el recurso 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. María del Pilar Pérez Calvo, en nombre y representación de Dña. Zaida, presentó escrito de oposición al mismo aportando documentación de la que se dio término a la parte recurrente y al fiscal; la parte recurrente se opuso a la admisión de la documentación; el fiscal tras practicar las alegaciones que estima pertinentes manifiesta:

«Por lo tanto, teniendo en cuenta el interés superior de los menores, este Ministerio Fiscal no impugna el recurso de casación interpuesto, sino que se muestra favorable al mismo, interesando de la Excma. Sala que case la sentencia recurrida de fecha 27/01/2017 dictada por la sección 1.ª de la AP de Ávila en el rollo de apelación 825/2016 y, dejándola sin efecto, de vigencia a la sentencia de fecha 27/01/2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arenas de San Pedro en el procedimiento de modificación de medidas supuesto contencioso n.º 117/2016».

3.- En providencia de fecha 18 de octubre de 2017 se acuerda:

«En cuanto a la aportación de documentos tanto por la parte recurrente como por la parte recurrida consistentes en calificaciones escolares del menor Herminio, no ha lugar a la admisión de los mismos como prueba documental, al no contemplar la LEC con carácter general la solicitud de prueba en el recurso de casación, que solo está prevista para el recurso extraordinario por infracción procesal en el art. 471, sin que tampoco esté prevista en el art. 752,3. Ello sin perjuicio de que si en la deliberación del día señalado para votación y fallo del mismo la sala considerase necesario su incorporación, se acordará lo pertinente».

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 28 de noviembre de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

1.- Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

El presente recurso trae causa de la demanda de modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio ejercitada por el marido, solicitando la adopción de la guarda y custodia compartida.

Por la sentencia de primera instancia se declaran como hechos probados:



- a) Que el régimen de visitas y comunicaciones se ha desarrollado prácticamente sin incidencias.
- b) Que el trabajo del padre como profesor de matemáticas de secundaria y jefe de departamento, le proporciona un horario que le permite organizar una adecuada asistencia a sus hijos.
- c) Que no consta que el enfrentamiento entre los padres, haya trascendido a los menores. No obstante, el menor Herminio es un niño «vago, poco trabajador», teniendo que estar sobre él para que trabaje un poco más.
- d) Que los dos progenitores residen en la localidad de Ramacastañas a una distancia de cinco minutos a pie.
- e) Que los progenitores han llegado a acuerdos en el régimen de vacaciones establecido en sentencia en interés de los menores.
- f) Que el padre parece más proclive a sentarse con sus hijos a hacer las tareas escolares que la madre, que no obstante cuida de sus hijos de una manera adecuada.
- g) Que los menores tienen buenas relaciones con ambos progenitores, y que el hijo menor Herminio ha manifestado querer pasar más tiempo con su padre.

Por todo ello el juzgador de primera instancia, valoradas estas circunstancias, así como el interés de los menores, accede a la modificación de medidas solicitada en la demanda y, en consecuencia se establece un régimen de guarda y custodia compartida con alternancia semanal.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por la progenitora demandada, la Audiencia Provincial de Ávila estimó el recurso formulado, revocando la resolución impugnada en su integridad. Considera la sala de apelación que: «Aun sin desconocer [...] que ha existido un cambio jurisprudencial al establecer más ampliamente la custodia compartida a favor de los progenitores, el que se más beneficioso para los menores está aún por demostrar, sobre todo en progenitores que tienen muchos enfrentamientos, con justificaciones en los hijos. Y no digamos nada del cambio de domicilio semanal que se pretendía instaurar en la nueva regulación en la sentencia recurrida, pues el cambio citado sería totalmente no beneficioso para los hijos, al ser un cambio continuo».

3.- Recurso de casación.

Frente a la citada resolución se ejercita por el padre recurso de casación fundado en dos motivos: el primero, por infracción del art. 90.3 CC, al establecerse en la sentencia recurrida que en el procedimiento de modificación de medidas el sistema de guarda y custodia acordado sólo puede modificarse cuando se ha acreditado que el cambio de circunstancias sea «sustancial», cuando el artículo citado, en la redacción dada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, y la jurisprudencia han determinado que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial pero si cierto, tal y como acontecería en el supuesto de hecho; y el segundo, por infracción del art. 92 CC, en relación con el art. 39 CE, art. 2 LO 1/1996 de Protección del Menor y art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con el interés de los menores, de 13 y 16 años de edad, atendiendo a la cercanía de los domicilios de los progenitores, y las dificultades escolares que vendría arrastrando el menor Herminio, que habría manifestado también querer pasar más tiempo con su padre, por lo que sería lógico que el padre se encargara de la explicación y supervisión de sus tareas, y dada su edad al requerir de mayor atención en sus estudios.

El Ministerio Fiscal ha solicitado la estimación del recurso de casación.

SEGUNDO . *Causas de inadmisibilidad.*

Procede rechazar las causas de inadmisibilidad:

1. El recurso tiene interés casacional al versar sobre la denegación de la custodia compartida.
2. El recurso de casación no ha pretendido variar la valoración probatoria.
3. La sentencias invocadas se refieren al cambio de circunstancias en relación con la custodia compartida.
4. Existe coherencia entre la jurisprudencia invocada y el resultado que se pretende con el recurso .

TERCERO . - *Prueba documental* .

Procede admitir la prueba documental aportada por la parte recurrida, dado que versa sobre las calificaciones escolares del menor de los hijos, en cuya irregular evolución se sustenta el propio recurso para cambiar el sistema de custodia (art. 752 LEC).

CUARTO . *Motivo primero.*



Motivo primero.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC , por cuanto la sentencia 21/2107, de 27 de enero, de la Ilma. Audiencia Provincial de Ávila sección 1.ª, ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés de los menores en el análisis de las cuestiones relativas a su guarda y custodia a la vista de los hechos que declara probados, infringiendo lo establecido en el art. 90.3 del Código Civil y oponiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las sentencias 758/2013 de 25 de noviembre , 242/2016 de 12 de abril , y 251/2016 de 13 de abril , al establecerse en dicha sentencia recurrida que en el procedimiento de modificación de medidas el sistema de guarda y custodia acordado sólo puede modificarse cuando se ha acreditado que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges supongan que se han modificado sustancialmente las circunstancias, infringiendo con ello lo dispuesto en el citado art. 90.3 del Código Civil y en la jurisprudencia referida de esta sala que considera que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial» pero sí cierto.

Alega el recurrente el transcurso del tiempo, desde la interposición de la demanda de divorcio, la diferencia de edad, y que el padre ha sido trasladado, a petición propia, a un centro de enseñanza de la misma localidad de la residencia de los menores.

QUINTO .- *Decisión de la sala. Cambio de circunstancias .*

Se estima el motivo.

Esta sala ha declarado en sentencias 242/2016, de 12 de abril y 576/2017, de 19 de octubre :

«A la vista de la doctrina jurisprudencial mencionada debemos declarar que el art. 90.3 del C. Civil , en su última redacción establece que:

»"3. 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 las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código".

»Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto».

A la vista de estas resoluciones, hemos de declarar que en la sentencia recurrida no se atiende a la doctrina jurisprudencial referida, dado que se limita a analizar a la existencia o no de cambio de circunstancias sin valorar el interés de los menores.

En el presente caso, se da el transcurso de tiempo suficiente, desde la interposición de la demanda de divorcio el 12 de noviembre de 2012, hasta la interposición de la demanda de modificación de medidas el 19 de febrero de 2016.

Unido a ello, el padre ha conseguido su traslado desde Talavera de la Reina a Arenas de San Pedro, localidad en la que los menores cursan sus estudios, lo que beneficia que el padre (profesor de matemáticas) pueda disponer de más tiempo y controlar los estudios del hijo menor, de rendimiento escolar irregular.

Estos cambios son inequívocos y relevantes en orden a la custodia de los menores, por lo que provocan un replanteamiento del sistema de custodia, lo que conlleva la estimación del recurso de casación, pues el propio art 90.3 del C. Civil exige que se tengan en cuenta las necesidades de los hijos.

SEXTO .- *Motivo segundo.*

Motivo segundo.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC ., debido a que la sentencia objeto de este recurso ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés de los menores en el análisis de las cuestiones relativas a su guarda y custodia, infringiendo el art. 92 del Código Civil en relación con el art. 39 de la Constitución Española , el art. 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, presentando este recurso interés casacional porque la sentencia recurrida entra en oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción del a guarda y custodia compartida de ambos progenitores y que viene recogida en las sentencias del Tribunal Supremo 48/2017 de 26 de enero , 391/2015 de 15 de julio , 433/2016 de 27 de junio , 116/2017 de 22 de febrero , 200/2014 de 25 de abril , 55/2016 de 11 de febrero , 135/2017 de 28 de febrero , 9/2016 de 28 de enero , 370/2013 de 7 de junio , 762/2012 de 17 de diciembre de 2013 y la 51/2016 de 11 de febrero .

Se alega que el cambio de circunstancias aconseja la aplicación de un sistema de custodia compartida, dado el cambio de residencia del padre, que es profesor de instituto, ahora, en la misma localidad de residencia de



los menores, lo que le aporta tiempo, que unido a su experiencia docente beneficiaría al menor de los hijos que mantiene un rendimiento escolar irregular.

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

Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se declara:

«Aún sin desconocer la sala que ha existido un cambio jurisprudencial al establecer más ampliamente la custodia compartida a favor de los progenitores, el que sea beneficioso para los menores está aún por demostrar, sobre todo en progenitores que tienen muchos enfrentamientos, con justificaciones ante los hijos. Y no digamos nada del cambio de domicilio semanal que se pretendía instaurar en la nueva regulación de la sentencia recurrida, pues el cambio citado sería totalmente no beneficioso para los hijos, al ser un cambio continuo».

Del párrafo transcrito se deduce que en la sentencia recurrida se muestra, en abstracto, una clara oposición a la custodia compartida como sistema de guarda, sin analizar el caso concreto sometido a su enjuiciamiento, limitándose a efectuar una declaración de principio en contra de la custodia compartida, que hemos de rechazar.

Como ha declarado esta sala, en los últimos años se ha producido un cambio notable de la realidad social y un cambio jurisprudencial, fundado en estudios psicológicos que aconsejan que la custodia compartida se considere como el sistema más razonable en interés del menor (sentencias 390/2015, de 26 de junio, rec. 469/2014 y 758/2013, de 25 de noviembre, rec. 2637/2012).

La custodia compartida u otro sistema alternativo no son premio ni castigo a los progenitores sino el sistema normalmente más adecuado, y que se adopta siempre que sea el compatible con el interés del menor, sin que ello suponga, necesariamente, recompensa o reproche (sentencia 554/2017, de 17 de octubre).

A la vista del cambio de circunstancias, derivadas del transcurso del tiempo, cambio de destino del padre y necesidad de un mayor control y apoyo pedagógico del menor de los hijos, debemos concluir que procede la adopción del sistema de custodia compartida, ya aprobado por la sentencia de primera instancia, mientras los hijos sean menores de edad.

Estimado el recurso de casación, casamos la sentencia recurrida y asumiendo la instancia confirmamos íntegramente la sentencia de 21 de julio de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arenas de San Pedro , procedimiento de familia 117/2016.

OCTAVO .- *Costas*.

Se imponen a la demandada las costas de la apelación (arts. 394 y 398 LEC).

No procede expresa imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Calixto contra sentencia de 27 de enero de 2017, dictada en la apelación 825/2016, de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ávila .

2.º- Casar la sentencia recurrida y asumiendo la instancia confirmamos íntegramente la sentencia de 21 de julio de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Arenas de San Pedro , procedimiento de familia 117/2016.

3.º- Se imponen a la demandada las costas de la apelación.

4.º- No procede expresa imposición de costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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.