



Roj: **STS 3247/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3247**

Id Cendoj: **28079110012018100518**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2018**

Nº de Recurso: **966/2018**

Nº de Resolución: **527/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Murcia, sección 5ª, 5-12-2017,
STS 3247/2018**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 527/2018

Fecha de sentencia: 25/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 966/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/09/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 966/2018

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. 527/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 25 de septiembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia de fecha 5 de diciembre de 2017, dictada en recurso de apelación 483/2017, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, dimanante de autos de juicio de familia, para modificación de medidas, autos núm. 443/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Cartagena; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Jon , representado en las instancias por el procurador D. Vicente Lozano Segado, bajo la dirección letrada de D. Francisco Serrano Castro y D. Valentín , compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Jorge Deleito García en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Lourdes , representado por el procurador D. José Luis Barragués Fernández, bajo la dirección letrada de Dña. María José Martínez Martínez, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Jon , representado por la procuradora Dña. Luisa Abellán Rubio y bajo la dirección del letrado D. Francisco Serrano Castro, interpuso demanda de juicio de modificación de medidas en tema de familia contra Dña. Lourdes y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se acuerde:

»- Modificar el modelo de autoridad monoparental por un modelo de custodia compartida por semanas alternas, de viernes a viernes, con un día de estancia intersemanal, los martes, con el progenitor que durante la semana no le corresponda estar con sus hijas. En las vacaciones escolares se seguiría disfrutando del mismo régimen de custodia por mitad en atención a cada periodo vacacional con referencia al calendario escolar de los menores.

»Dicha modificación conllevaría la supresión de la obligación de pago de pensión alimenticia, asumiendo ambos por mitad el pago de los gastos extraordinarios. Asimismo esa medida conllevaría la extinción del derecho de uso exclusivo atribuido a la Sra. Lourdes sobre el domicilio familiar, pudiendo, no obstante, seguir disfrutando del mismo hasta que se proceda a su liquidación y venta o bien atribución en propiedad a cualquiera de los copropietarios que lo ostentan en proindiviso, previa compensación de la parte proporcional que correspondiera al otro cotitular en atención a su valor de mercado.

»Correlativamente se acuerde:

»1. La asistencia del grupo familiar a terapia conducida por especialistas acreditados en terapia familiar sistemática, mediación intrafamiliar, gestión de conflictos y crisis familiar, designados por el Colegio Oficial de Psicólogos de Andalucía Occidental, con funciones de seguimiento, monitorización e información periódica a la autoridad judicial.

»De igual modo, esta iniciativa debería complementarse necesariamente con el mensaje explícito a los menores, por parte de la autoridad judicial, de la retirada de toda competencia en materia de decisión sobre la manera de organizar o determinar sus relaciones paterno o materno-filiales, y la obligatoriedad de relacionarse con su padre y familia paterna en los términos previstos legalmente.

»2. Para el supuesto que del seguimiento terapéutico impuesto se evidenciaran actitudes parentales opuestas a este proceso de normalización y reconstrucción familiar, se proceda a una inmediata intervención, consistente en la atribución automática de la custodia de los menores al progenitor no obstruccionista y que hubiera acreditado respeto por las relaciones familiares de los hijos en común, aquel con vocación coparental, decisión complementada con un programa de alejamiento temporal de los hijos del padre alienador. Ello, conforme al programa por fases propuesto por el psicólogo Don Alvaro , expuesto en el punto núm. 8 de la relación de hechos de nuestra demanda.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiere a la modificación instada».

2.- Admitida la demanda, acordando dar traslado a las partes y al Ministerio Fiscal, el fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicitando al juzgado se le tenga por opuesto, en principio, a las pretensiones de la misma a la espera de la celebración de la correspondiente vista y de la práctica de las pruebas que se declaren pertinentes.

3.- La demandada Dña. Lourdes , representada por la procuradora Dña. Magdalena Faz Leal y bajo la dirección letrada de D. José Muelas Cerezuela, 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 los pedimentos de la actora, con expresa imposición de las costas procesales».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Cartagena se dictó sentencia, con fecha 7 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda presentada por el procurador indicado, en la representación que ostenta, modificando las medidas definitivas previstas en sentencia de 26/03/2014, en los siguientes extremos (permaneciendo el resto invariable):

»1.^a- La guarda y custodia de los menores será compartida por ambos progenitores, por periodos de estancia señalan alterna, con intercambio de custodia los viernes a la salida del centro escolar. El progenitor no custodio semanal podrá tener consigo a sus hijos los miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas. Vacaciones escolares por mitad, siendo las estivales distribuidas en quincenas alternas, correspondiendo al padre los primeros periodos en los años pares y a la madre en los años impares. Días del padre y madre serán disfrutados por el progenitor correspondiente con independencia del sistema de custodia temporal, en horario de 10 a 20 horas. Cumpleaños de los menores y día de Reyes, podrán permanecer con el progenitor no custodio de 17 a 20 horas. Entregas y recogidas en el domicilio donde se encuentren los menores o salida de centro escolar, en su caso.

»2.^a- Su suprime la obligación alimenticia establecida en su día a cargo del padre, debiendo cada uno de los progenitores proporcionar a sus hijos alimentos y vestido en los periodos correspondientes, asumiendo por mitad el resto de gastos ordinarios comunes y extraordinarios de los menores. Cualquier otra actividad o gasto deberá ser consensuado o decidido por la Autoridad Judicial.

»3.^a- El uso y disfrute de la vivienda que fue familiar se atribuye a la madre hasta que sea liquidado el régimen económico matrimonial vigente. La madre deberá asumir gastos derivados del uso, tales como suministros y cuota ordinaria de comunidad. Los conceptos inherentes a la propiedad serán abonados según título constitutivo.

»4.^a- Cualquier decisión que pueda afectar a los menores en los ámbitos domiciliario, educativo, sanitario, formativo y otros relativos a la patria potestad debe ser consensuada por ambos progenitores o adoptada por la Autoridad Judicial.

»Sin expresa imposición de costas en esta instancia dado el carácter tuitivo de las medidas discutidas en este procedimiento».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Cartagena dictó sentencia, con fecha 5 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando el recurso de apelación formulado por Lourdes, contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Cartagena, debemos de revocar y revocamos la misma, y en su lugar dictar otra del siguiente tenor: Que desestimando la demanda formulada por Jon, contra Lourdes, debemos de absolver y absolvemos a la demandada de la demanda contra ella formulada, sin que proceda hacer expresa condena en costas, ni en primera, ni en segunda instancia».

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

Primer motivo.- Vulneración del art. 90.3 del Código Civil, al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC, al haberse estimado la apelación en base a que no hay modificaciones sustanciales, cuando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo tiene sentado que no son necesarias el cambio de las circunstancias sustanciales, pues la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas y todo ello en base *favor filii*.

Segundo motivo.- Infracción de los arts. 92 apartados 5, 6, 7 y 8 del Código Civil; art. 39.2 de la CE; arts. 3.1, 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; art. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; y los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no haberse tenido en cuenta el interés superior de los menores en la sentencia objeto del recurso, porque ni siquiera se hace referencia al mismo en dicha sentencia.

Tercer motivo.- En base al art. 477.2.3 LEC, por presentar interés casacional, se considera conculcados los arts. 92 apartados 5, 6, 7 y 8 y art. 68 del Código Civil; art. 14 y 39 de la CE; arts. 3.1, 7, 8, 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; art. 2 y 11.2 de la Ley



Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; y los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores atendiendo al principio básico del interés superior de los menores, que establecen la custodia compartida como situación normal, frente a la extraordinaria custodia exclusiva, por ser lo más adecuado para el interés de los hijos, como recogen las SSTS de 29-4-2013 , 7-7-2011 , 25-5-2012 , 8-10- 2009 , 9-3-2012 , 19 , 25 Y 29 de noviembre de 2013 , y las recientes de 26-6-2015 y 13-4-2016 , presentando el correspondiente interés casacional.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 9 de mayo de 2018 , 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 el procurador D. José Luis Barragués Fernández, en nombre y representación de Dña. Lourdes , presentó escrito de oposición al mismo; por su parte el fiscal, en sus alegaciones, concluye interesando la estimación del recurso, que se acuerde la custodia compartida como ya acordó el Juzgado de Primera Instancia, con revocación de la sentencia de la Audiencia, y asumiendo esta sala las competencias de instancia confirme la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 12 de septiembre de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

El presente recurso trae causa de demanda de modificación de medidas definitivas adoptada en juicio de divorcio, promovida por el progenitor, interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida respecto de los dos hijos en común (nacidos, respectivamente, en los años 2007 y 2010), en sustitución del régimen de guarda y custodia materna.

1.- Sentencia de primera instancia.

La sentencia de primera instancia estima la demanda ejercitada, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida con alternancia semanal, al considerar que se habría producido un «importante» cambio en las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por el tribunal en el momento de establecer las anteriores medidas definitivas, al resultar acreditado que el sistema de custodia materna en su día pactado no ha resultado satisfactorio para los menores, que no han sido excluidos de las consecuencias negativas que la ruptura de la relación sentimental de los padres supone. Así, la madre ha intentado impedir una relación de comunicación fluida y normalizada con el padre y su familia, con suministro constante de información perjudicial y «contaminadora» que facilita de forma innecesaria la madre a sus hijos sobre su padre.

Considera el juzgado de primera instancia que pese a tener los padres una relación conflictiva, han sabido, no obstante, demostrar capacidad de cooperar en aspectos esenciales de los menores, y que el informe psicosocial recomienda un régimen de guarda y custodia compartida.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por la madre demandada, la Audiencia Provincial de Murcia, estima el recurso, desestimando la demanda formulada. Considera la sala de apelación que no se ha producido cambio «sustancial» o importante de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento en que se establecieron las medidas definitivas por acuerdo entre las partes. Pues no se puede considerar como modificación de circunstancias que los hijos menores consideren culpable al padre de la ruptura, pues el régimen de comunicaciones vigente permite perfectamente que los hijos conozcan y tengan la opinión del padre.

3.- Recurso de casación.

Frente a la citada resolución de la Audiencia Provincial de Murcia, por el padre demandante se formula recurso de casación fundado en motivos: el primero, por infracción del art. 90.3 CC pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera, no resultarían necesario un cambio «sustancial» de las circunstancias, pues la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas, con base al *favor filii* , y que en el supuesto examinado los hijos están sometidos a una presión contra el padre, en una situación que sería distinta a cuando se adoptaron las medidas acordadas conjuntamente en 2014, produciéndose en etapas muy importantes de la vida de los menores; el segundo, por infracción del art. 92.5, 6 y 7 CC , 39.2 CE , arts. 3.1 , 9 y 18 d la Convención Internacional de Derechos del Niño , arts. 2 y 11.2 LO 1/1996 ,



y arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por cuanto no se habría tenido en cuenta el interés de los menores en la sentencia impugnada, que ni siquiera lo mencionaría, pues los informes psicosociales recomendarían, no la ampliación del régimen de guarda y custodia, sino la custodia compartida, como único medio para resolver la situación actual y creada; y el tercero, por infracción de los arts. 92.5, 6 y 7 y 68 CC, 39.2 CE, arts. 3.1, 9 y 18 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, arts. 2 y 11.2 LO 1/1996, y arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación a la bondad del régimen de la guarda y custodia compartida, pese a concurrir en el supuesto de autos las circunstancias necesarias para la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida requeridas por la jurisprudencia, pues no se cuestiona la aptitud ni la capacidad del recurrente para su establecimiento, ni la capacidad de los contrayentes para adoptar decisiones importantes de los hijos.

Recurso de casación.

SEGUNDO .- *Causas de inadmisión del recurso.*

Deben rechazarse las causas de inadmisión en cuanto el recurso de casación se funda en doctrina de esta sala, sobre el interés del menor y en el desarrollo normativo de dicho principio (art. 483.2.4 de la LEC).

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

1.- Primer motivo.- Vulneración del art. 90.3 del Código Civil, al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC, al haberse estimado la apelación en base a que no hay modificaciones sustanciales, cuando la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo tiene sentado que no son necesarias el cambio de las circunstancias sustanciales, pues la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas y todo ello en base *favor filii*.

2.- Segundo motivo.- Infracción de los arts. 92 apartados 5, 6, 7 y 8 del Código Civil; art. 39.2 de la CE; arts. 3.1, 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; art. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; y los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al no haberse tenido en cuenta el interés superior de los menores en la sentencia objeto del recurso, porque ni siquiera se hace referencia al mismo en dicha sentencia.

3.- Tercer motivo.- En base al art. 477.2.3 LEC, por presentar interés casacional, se considera conculcados los arts. 92 apartados 5, 6, 7 y 8 y art. 68 del Código Civil; art. 14 y 39 de la CE; arts. 3.1, 7, 8, 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; art. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; y los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores atendiendo al principio básico del interés superior de los menores, que establecen la custodia compartida como situación normal, frente a la extraordinaria custodia exclusiva, por ser lo más adecuado para el interés de los hijos, como recogen las SSTs de 29-4-2013, 7-7-2011, 25-5-2012, 8-10-2009, 9-3-2012, 19, 25 Y 29 de noviembre de 2013, y las recientes de 26-6-2015 y 13-4-2016, presentando el correspondiente interés casacional.

CUARTO .- *Decisión de la sala. Interés del menor. Modificación de medidas.*

Se desestiman los motivos, analizados conjuntamente.

Esta sala debe declarar que:

1. La custodia que se viene ejerciendo por la madre, con un sistema de visitas amplio, fue acordado en convenio regulador por los cónyuges, dos años antes de iniciarse la demanda de modificación de medidas y en fechas en el que la doctrina jurisprudencial de la sala ya era propicia a la custodia compartida, pese a lo cual adoptaron el sistema de custodia por la madre.

2. No consta causa cierta que aconseje la modificación de medidas, mas allá de lo informado por la psicóloga que actuó como perito.

3. No se aprecia un cambio sustancial de las circunstancias.

4. La situación entre los progenitores es tensa y llena de desconfianza, lo que dificulta la relación entre ellos.

A la vista de ello y de acuerdo con las sentencias 251/2016, de 13 de abril, y 665/2017, de 13 de diciembre, debemos declarar que en la resolución recurrida no se ha infringido la doctrina jurisprudencial sobre modificación de circunstancias dado que no concurre una causa consistente que aconseje el cambio de medidas (art. 90.3 del C. Civil).

Por otro lado, en la sentencia recurrida no se invoca el concepto «interés del menor», pero sin duda, lo tiene en cuenta, pues analiza detalladamente el informe psicológico sobre los menores, sus interacciones con



los padres, la conflictividad existente y la capacidad de los progenitores, para concluir que no aprecia la concurrencia de causa que justifique el cambio que, de común acuerdo, pactaron padre y madre, tan solo dos años antes (art. 92 del C. Civil y arts. 2 y 11 de la LO 1/1996 de 15 de enero).

Por lo expuesto, tampoco se infringen los arts 92.8 del C. Civil y concordantes, pues siendo el sistema de custodia compartida el de aplicación preferente (sentencias de 7 de junio y 19 de julio de 2013) ello no obsta a los acuerdos a que las partes hayan llegado, en beneficio de los menores.

En conclusión, ambos progenitores están igualmente capacitados, ambos están implicados en la educación de sus hijos, ambos mantienen una conducta irreprochable y como declaró la sentencia recurrida no concurren causas objetivas y trascendentes que aconsejen la modificación de las medidas convenidas entre ellos, no habiéndose declarado en la sentencia recurrida que el consentimiento del padre estuviese viciado.

QUINTO .- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000). Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso.

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Jon , contra sentencia de fecha 5 de diciembre de 2017, dictada en la apelación 483/2017, de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Murcia.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso.

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.