



Roj: **STS 4044/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4044**

Id Cendoj: **28079110012018100660**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2018**

Nº de Recurso: **1448/2018**

Nº de Resolución: **654/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 18273/2017,**
ATS 7234/2018,
STS 4044/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 654/2018

Fecha de sentencia: 20/11/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1448/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/11/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN N. 24

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 1448/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 654/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 20 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación inter sentencia dictada con fecha 19 de diciembre de 2017 por la sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid,, bajo la dirección letrada de don Joaquín González Gómez, contra la sentencia dictada con fecha 19 de diciembre de 2017 por la sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en los autos de juicio sobre modificación de medidas n.º 576/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de DIRECCION000 . Ha sido parte recurrida doña Virtudes , representada por la procuradora doña Aida , bajo la dirección letrada de doña Rosa María Álvarez de Luna Iniesta. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- El procurador don Félix González Pomares, en nombre y representación de don Lázaro , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Aida y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

"A.- GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA. Deberá establecerse la custodia compartida de ambos progenitores sobre la menor Angelina por trimestres escolares, comenzando el primero a favor del padre, estableciéndose las siguientes medidas:

1.- RÉGIMEN DE VISITAS. Deberá fijarse el que las partes de común acuerdo establezcan, siempre en beneficio de la menor, y lo más extenso y flexible que sea posible, y para el supuesto de que las partes no alcancen el pretendido acuerdo, deberá establecerse a favor del progenitor que no disfrute de la custodia durante el periodo que esté asignada al otro progenitor, padre o madre, según el periodo:

-Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el lunes, en el que lo retornará a la entrada del colegio. Los "puentes" se unirán al fin de semana correspondiente, mientras que las fiestas independientes corresponderán a aquel progenitor con el que no vayan a pasar el siguiente fin de semana.

-Dos tardes a la semana, martes y jueves, desde la salida del menor del colegio, hasta el día siguiente, en el que llevará a la menor al colegio.

-Las vacaciones de Semana Santa, Navidades y verano estarán divididas por mitad entre ambos progenitores, eligiendo el turno de forma alternada, comenzando el padre la elección los años pares.

b) PENSIÓN ALIMENTICIA. Dado que la propuesta principal es la guarda y custodia compartida, deberá acordarse que cada uno de los progenitores asuma todos los gastos del menor durante el periodo que le corresponda, y solo para el supuesto de no admitirse tal propuesta, se establezca una pensión alimenticia a favor del hijo menor de 150 ? mensuales, a abonar por cada cónyuge durante los periodos que no les corresponda la custodia compartida. En tal caso, deberá abonarse por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que a tal efecto se designe. Asimismo deberá ser actualizada conforme al incremento anual que experimente el índice de Precios al Consumo que a tal efecto determine el Instituto Nacional de Estadística u órgano que le sustituya. Los gastos extraordinarios deberán ser abonados por mitad en todo caso.

B.- SUBSIDIARIAMENTE y solo para el supuesto de no acordarse la modificación pretendida en cuanto a la custodia compartida, deberá acordarse la modificación del régimen de visitas establecido, ampliándose, toda vez que en el convenio únicamente se estableció un único día intersemanal y sin pernocta los viernes alternativos que corresponden al padre, por lo que el régimen de vistas que se propone es el siguiente.

a) Fines de semana alternos, recogiendo a la menor a la salida del colegio y reintegrándole el lunes al colegio. Si se diera la situación de puente escolar o un festivo unido al fin de semana la menor estará en compañía de aquel progenitor al que correspondiera ese fin de semana.

b) El padre podrá estar en compañía de su hija dos días intersemanales, las tardes de martes y jueves, desde la salida del colegio, hasta el día siguiente en el que llevará a la menor al colegio.

En cuanto a las vacaciones de navidad, semana santa y verano, seguirán vigentes tes consensuadas en convenio, siempre y cuando no se estimase la pretendida custodia compartida de esta demanda.

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 Virtudes , en nombre y representación de doña Aida , 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 solicitud de guarda y custodia compartida instada de contrario, manteniéndose las medidas que fueron fijadas de mutuo acuerdo en el convenio de divorcio de fecha 15 de noviembre de 2012 y subsidiariamente para el caso de que se estime la ampliación del régimen de visitas a favor del padre, se fijen como visitas los fines desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20,30 horas, volviendo a recoger a la menor el sábado a las 10 horas hasta el lunes a la entrada del colegio y dos tardes intersemanales, concretamente los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas".

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 5 de DIRECCION000 dictó sentencia con fecha 23 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

"Estimo en parte la demanda formulada por el procurador don Félix González Pomares, en nombre y representación procesal de don Lázaro , contra doña Aida , representada por la procuradora doña Virtudes , y en consecuencia, acuerde como medidas, las recogidas en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución, y sin hacer imposición de las costas".

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Aida . La Sección vigesimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 19 de diciembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Sofia Aida , representada por la Procuradora doña Virtudes ; contra la

sentencia de fecha 23 de febrero de 2017; del Juzgado de Primera Instancia número 5 de

DIRECCION000 ; dictada en el proceso de Modificación de Medidas número 576/2015; seguido con don Lázaro , representado por el Procurador don Félix González Pomares; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución, dejándola sin efecto alguno; y, en su lugar, se mantiene todo lo dispuesto en la sentencia de divorcio de 15 de marzo de 2.013; que aprobó Convenio Regulador de 15 de noviembre de 2.012; y ello sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes.

"Siendo estimatorio el recurso, procédase a la devolución del depósito consignante, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita".

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Lázaro , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción del artículo 92.5.6. y 8 del Código Civil, al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3.ª 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 LO 1/1996 de Protección del Menor. Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3. LEC al haberse infringido por aplicación indebida y o incorrecta del artículo 90.3.CC. Tercero.- Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre establecimiento de custodia compartida en procedimientos de modificación de medidas.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 27 de junio de 2018, 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 Virtudes , en nombre y representación de doña Aida , presentó escrito de impugnación al mismo.

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

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2018, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En sentencia de fecha 15 de marzo de 2013, en autos de divorcio 372/2012, se aprobó el convenio regulador de 15 de noviembre de 2012, en el que partes ahora litigantes acordaron la atribución a la madre de la guarda y custodia de la menor, Angelina , nacida el día NUM000 de 2007, con un régimen de visitas de fines

de semana alternos, desde las 10 de la mañana del sábado, con reintegros el lunes en el colegio, y la tarde de los miércoles, con distribución de las vacaciones entre ambos progenitores.

El recurso que ahora se formula trae causa de una modificación de medidas y fijación de un sistema de guarda y custodia compartida, que fue acogido en la sentencia de 1ª Instancia, por meses y fines de semana alternos para el que no tenga a la niña en el mes correspondiente, haciéndose cargo cada progenitor de los alimentos, y negado en apelación por la sección 24 de Madrid.

La sentencia, en breve síntesis, recuerda, de un lado, la jurisprudencia existente, constante y pacífica, desde junio de 1992, sobre los artículos 90 y 91 del CC, y 775 de la LEC, sin tener en cuenta los cambios producidos por Ley 15/2015, de 2 de julio, especialmente la nueva redacción del artículo 90.3, y argumenta, de otro, que resulta loable que la niña quiera estar más tiempo con su padre, pero esto, dice, no supone un cambio fáctico o de hechos. No hay cambio sustancial que justifique la modificación de lo convenido con vocación de permanencia y rechaza el cambio de jurisprudencia como causa que justifique la variación. Rechaza también el cambio por mero transcurso del tiempo y mantiene que la madre los está haciendo bien, con normalidad en la custodia y régimen de visitas, que se desarrolla sin conflictos y siempre en beneficio de la menor, por lo que habrá de respetarse lo convenido para futuros comportamientos, cuando además lo alegado no supone cambio sustancial de las circunstancias.

SEGUNDO.- El recurso de casación, con cita de los artículos 92.5, 8 y 90.3, normativa nacional e internacional y de la jurisprudencia de esta sala, se funda en el interés de niña, y en el hecho de que la sentencia niega la existencia de cambios sustanciales, contra lo dispuesto en la Ley 15/2015, de 2 de julio, sobre las nuevas necesidades de los hijos, que no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero si cierto.

Se adhiere al recurso el Ministerio Fiscal.

El recurso se estima, no sin precisar, por lo que se refiere a la oposición a su admisibilidad, que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", destacando como relevantes a estos efectos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. (Asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero).

El interés del menor tiene aspectos casacionales (sentencias 614/2009, de 28 de septiembre; 679/2013, de 20 de noviembre; 348/2018, de 7 de junio) y no se trata a través de este cauce casacional de cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión conceptual en casación. 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". "(...) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, las circunstancias más adecuadas para dicha protección" (sentencias 216/2012, de 25 de abril; 633/2012, de 25 de octubre; 348/2018, de 7 de junio).

Se estima el recurso por lo siguiente:

1.- La sentencia de 257/2013, de 29 de abril declara como doctrina jurisprudencial la siguiente: "la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse 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, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

2.- 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.

3.- 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 se adoptó judicialmente la medida, y siempre partiendo del interés del menor. Y es lo cierto que la sentencia relativiza los cambios producidos desde el convenio regulador hasta la fecha, haciendo prácticamente inviable la posibilidad de cambiar las medidas establecidas con evidente marginación en su motivación del interés y beneficio de la menor en el cambio de custodia interesado.

4.- Cambios ha habido desde entonces: la edad de la niña, su deseo de estar más tiempo con su padre o el mismo que con su madre y el progresivo cambio jurisprudencial de esta sala respecto a la modificación de medidas acordadas con anterioridad. Lo que hace la sentencia es petrificar la situación de la niña desde el momento del pacto, frente a una decidida voluntad de aumentar la relación con su padre, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Con frecuencia se olvida que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trata de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse 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, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea, como con reiteración ha dicho esta sala desde la sentencia 257/2013, de 29 de abril.

5.- Entre estos criterios se deben tener en cuenta los deseos manifestados por los menores y el resultado de los informes exigidos legalmente, además de cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven, y es evidente que todos ellos apuntan la conveniencia de adoptar este sistema de guarda y custodia.

6.- La valoración del interés de la menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado. La solución aplicada en la resolución recurrida no ha tenido en cuenta los parámetros necesarios, que aparecen como hechos probados, ni ha hecho la valoración jurídica necesaria.

TERCERO.- Lo expuesto comporta que deba estimarse el recurso de casación, para anular la sentencia recurrida y asumir la instancia, a fin de resolver en la misma forma que lo hizo la sentencia del juzgado; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de este recurso. Las de apelación se han de imponer a la parte apelante en tanto que dicho recurso debió ser desestimado, según los artículos 394 y 398 LEC.

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 la representación procesal de Don Lázaro contra la sentencia dictada, con fecha 19 de diciembre de 2017, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, en el rollo de apelación núm. 972/2017.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Doña Aida contra la sentencia núm.16/2017, de 23 de febrero, dictada por el juzgado de primera instancia núm. 5 de DIRECCION000, en el juicio número 576/2015, de modificación de medidas, que confirmamos en todos sus pronunciamientos.

3.º- Imponer a la parte apelante las costas de su recurso de apelación.

4.º- No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

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

Así se acuerda y firma.