

Roj: STS 4092/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4092
Id Cendoj: 28079110012016100531
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 3217/2015
Nº de Resolución: 553/2016
Procedimiento: Casación
Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de Modificación de Medidas Definitivas n.º 14/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Algeciras; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Anselmo, representado ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Concepción Tejada Marcelino; siendo parte recurrida doña Ofelia, representada por la procuradora de los Tribunales doña María Leocadia García Cornejo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Carlos Villanueva Nieto, en nombre y representación de don Anselmo, interpuso demanda de modificación de medidas contra doña Ofelia, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia por la que:

«... se dicte sentencia por la que se modifique la resolución dictada en fecha 23 de Marzo de 2010 por este Juzgado, acordando la guarda y custodia de la menor hija Inmaculada de forma compartida de la siguiente forma:

»1. El padre podrá tener consigo a su hija Inmaculada los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguiente, martes y jueves, respectivamente, a la hora de entrada al mismo donde deberá reintegrarla. Los fines de semana **alternos** de cada mes desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en que la reintegrará al centro escolar en el horario de entrada.

»2. Las vacaciones escolares de verano, Semana Santa, Navidad y Semana de Feria, así como el régimen de comunicaciones y recogida por los abuelos paternos o maternos, permanecerán de la misma forma pactada en el convenio de divorcio aprobado y como hasta la fecha se ha venido desarrollando.

»3. Se adopten las restantes medidas inherentes a dicho pronunciamiento interesadas en el hecho Tercero de la demanda relativas a la patria potestad compartida, comunicaciones y demás obligaciones sobre la menor.

»4. Cada progenitor asumirá los gastos de alimentación de la menor en sentido amplio en los periodos en que la tengan consigo, siendo satisfechos por mitad entre ambos, los gastos extraordinarios, teniendo esta consideración aquellos médicos o quirúrgicos y farmacéuticos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, o seguro privado de los padres, los de inicio de curso escolar como libros, matrículas, material, uniformes y ropa deportiva exigida en su caso por el centro donde la hija cursen sus estudios, APA, cuotas por aportación anual, que serán abonados en el momento de su devengo. Asimismo aquellas clases de apoyo o particulares que puedan necesitar la hija siempre que estén recomendadas por el profesor o tutor o así lo decidan ambos padres, y en definitiva todos aquellos que puedan repercutir en su formación integral y bienestar. Cualquier otro gasto que pudiera surgir con dicho carácter extraordinario, deberá ser previamente notificado y consensuado entre ambos progenitores.»

2.- Por decreto de 14 de enero de 2014 se acordó admitir a trámite la demanda sustanciarse la misma por los trámites del juicio verbal. Dándose traslado de dicha demanda para su contestación, la representación procesal de doña Ofelia contestó la mencionada demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que:

«... desestime íntegramente la demanda formulada por D. Anselmo , con expresa imposición de costas a la contraria.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Algeciras , dictó sentencia con fecha 28 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de Don Anselmo contra Dña. Ofelia , se mantienen las medidas contenidas en convenio regulador de 25 de enero del 2010, aprobado por sentencia de divorcio de 23 de marzo de 2010 , con la única salvedad de establecer que la custodia se ejercerá en forma compartida, desarrollándose en la forma por dicho convenio establecida como régimen de visitas, sin hacer expresa declaración sobre costas causadas.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Anselmo , y sustanciada la alzada, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 30 de julio de 2015 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que desestimando en el recuso de apelación interpuesto por DON Anselmo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de los de Algeciras, en fecha 8 de octubre de 2014 , DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la referida resolución, sin efectuar especial en costas.»

TERCERO.- Contra la sentencia de segunda instancia, el demandante D. Anselmo interpuso recurso de casación ante el tribunal sentenciador. Los motivos del recurso los siguientes :

»1 . Por vulneración del artículo 92 CC presentando interés casacional la resolución del recurso por contradecir la doctrina del Tribunal Supremo.

»2. Por infracción del artículo 92 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 , artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y artículo 39 CE , al considerar que se ha aplicado incorrectamente el principio del interés del menor, con oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo».

CUARTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 2 de marzo de 2016. La parte recurrida presentó escrito de oposición planteando con carácter previo que el recurso era inadmisibile e interesando, en cualquier caso, su desestimación con imposición de costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de 1 de julio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 13 de septiembre siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Las partes -el demandante D. Anselmo y la demandada Dª. Ofelia - han venido rigiéndose desde su divorcio, como destaca la sentencia recurrida, tanto en el orden personal como en el material o económico, por las medidas pactadas entre ambos y sometidas a consideración judicial, que fueron aprobadas por la sentencia de 23 de marzo de 2010 . En cuanto a la hija común, Inmaculada , nacida el NUM000 , acordaron que continuara «bajo la guarda y custodia de su madre y sujeta a la patria potestad de ambos cónyuges, quienes la ejercerán conjuntamente, tomando de común acuerdo cuantas decisiones importantes puedan afectarle», estableciéndose un sistema amplio y flexible de comunicaciones, visitas y estancias con el padre en el cual ambos progenitores se implicaban expresamente acordándose contactos intersemanales «todos los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta las ocho de la tarde»-- así como fines de semana **alternos**, desde la salida del colegio los viernes hasta las ocho de la tarde del domingo, extensibles en caso de puente escolar coincidente con la estancia. Se fijaba también a cargo del padre y para la menor, una pensión alimenticia mensual de 400 euros -doble cantidad en marzo, junio, septiembre y diciembre- así como la asunción por cada uno de los progenitores del 50% de los gastos extraordinarios.

En la demanda de modificación de medidas, el padre solicitó 1) Que la guarda y custodia compartida sobre la menor hija se desarrolle de forma igualitaria en cuanto al reparto de tiempos de estancia entre ambos

progenitores, pudiendo tenerla el padre consigo los lunes y miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguiente, martes y jueves, respectivamente, a la hora de entrada al mismo, fines de semana **alternos** desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes en el horario de entrada al centro escolar, o semanal si así se estimase procedente, manteniéndose en cuanto a las vacaciones escolares de verano, Semana Santa, Navidad y Semana de Feria, el mismo régimen pactado en el convenio de divorcio aprobado en su día; 2) Que se adopten las restantes medidas inherentes a dicho pronunciamiento relativas a la patria potestad compartida, comunicaciones y demás obligaciones sobre la menor; 3) Que cada progenitor deba asumir los gastos de alimentación de la menor en sentido amplio en los períodos en que la tengan consigo, siendo satisfechos por mitad entre ambos los gastos extraordinarios, teniendo esta consideración aquellos médicos o quirúrgicos y farmacéuticos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, o seguro privado de los padres, los de inicio de curso escolar como libros, matriculas, material, uniformes y ropa deportiva exigida en su caso por el centro donde la hija cursen sus estudios, APA, cuotas por aportación anual, clases de apoyo o particulares que puedan necesitar la hija siempre que estén recomendadas por el profesor o tutor o así lo decidan ambos padres, y en definitiva todos aquellos que puedan repercutir en su formación integral y bienestar. Cualquier otro gasto que pudiera surgir con dicho carácter extraordinario, habría de ser previamente notificado y consensuado entre ambos progenitores.

La sentencia de primera instancia, entiende que no hay variación de circunstancias que justifique la modificación de las medidas adoptadas, ni alegación del superior beneficio para la menor del cambio de medidas solicitado por el padre, pero estima parcialmente la demanda, manteniendo la situación creada por el convenio regulador de 25 de enero de 2010, aprobado por sentencia de divorcio de 23 de marzo de 2010, con la única salvedad de establecer que la custodia se ejercerá de forma compartida, desarrollándose en forma establecida en el convenio como régimen de visitas, sin hacer expresa declaración sobre costas causadas.

Interpuesto recurso de apelación por el padre demandante, la Audiencia Provincial de Cádiz (sección 5.ª), si bien pone en cuestión ese cambio de «nombre» en el régimen de custodia entiende que la «custodia compartida» declarada, como no ha sido objeto de impugnación en el recurso de apelación del padre ni recurrida en apelación por la madre ni por el Ministerio Fiscal, queda fuera del ámbito de decisión de la sala. Confirma la sentencia dictada en primera instancia, entendiendo que no concurren los requisitos necesarios para la modificación de las medidas: a) Variación o cambio respecto a la situación existente; b) que sea sustancial y c) que se trate de hechos posteriores a los ya enjuiciados. El avance de edad de la menor podía haber sido previsto al concertar el convenio y las circunstancias de trabajo de la progenitora no limitan ni interfieren en sus posibilidades de atención a la menor.

Contra dicha sentencia se ha recurrido en casación por la parte demandante que, en el «suplico» de su escrito de interposición, solicita que se case la sentencia recurrida y se dicte otra por la que se acuerde según lo solicitado en la demanda y, subsidiariamente, que la pensión alimenticia a favor de la hija quede reducida a la suma de 200 euros mensuales en los periodos en que la madre la tenga bajo su custodia.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- El motivo primero se formula por vulneración del artículo 92 CC, presentando interés casacional la resolución del recurso por contradecirse la doctrina del Tribunal Supremo. En el desarrollo del motivo cita la doctrina jurisprudencial de esta sala según la cual no es necesario un cambio de circunstancias sustancial, pues el simple cambio de orientación jurisprudencial y de la regulación legal puede entenderse como alteración sustancial de las circunstancias que permite el cambio de custodia de exclusiva a compartida (SSTS de 25 de noviembre de 2013, Rec. 2637/2012 y 22 de octubre de 2014, Rec.164/2014).

La primera de dichas sentencias declara que en la actualidad no se hace necesario un cambio de circunstancias sustancial para poder solicitar una custodia compartida, pues el simple cambio de orientación jurisprudencial y de la regulación legal puede entenderse como una alteración sustancial de las circunstancias que permite el cambio del régimen de custodia.

Se dice en dicha sentencia que

«A la vista de lo expuesto es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido (art 91 del CC) tras la jurisprudencia citada del Tribunal Constitucional y de la que esta Sala se ha hecho eco hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional unido a las amplias facultades que la jurisprudencia del TC fijó para la decisión de los Tribunales sobre esta materia, sin necesidad de estar vinculado al informe favorable del Ministerio Fiscal. Complemento de todo ello es la reforma del código civil sobre la materia y la amplia legislación autonómica favorecedora de la custodia compartida, bien sabido que todo cambio de circunstancias está

supeditado a que favorezca al interés del menor. Desde que la Ley 15/2005, de 8 de julio, modificó el artículo 92 CC para introducir en nuestro ordenamiento el sistema de custodia compartida ha sido incesante la evolución social y jurisprudencial hacia la consideración de la normalidad de la adopción de un sistema de custodia compartida de los hijos menores tras la crisis matrimonial o ruptura de la pareja. Se ha ido abandonando la idea de que lo excepcional es la custodia compartida frente a la tradicional atribución exclusiva de la custodia a un progenitor con derecho de visita a favor del no custodio, y ello pese a la literalidad del propio artículo 92.8 CC (SSTS 25 abril 2014 , 19 julio 2013 , 29 abril 2013 o aun antes, en SSTS 7 julio 2011 y 22 julio 2011)».

La guarda y custodia compartida o conjunta constituye un régimen que pretende superar en beneficio del menor la desigualdad de los progenitores que, manteniendo por igual la patria potestad, sin embargo se ven privados de la custodia, que se atribuye en exclusiva a uno de ellos con el normal establecimiento de un régimen de visitas a favor del otro. Lógicamente el progenitor que la solicita ha de proponer un plan de ejercicio que no sólo sea beneficioso para el menor sino que además lo sea en mayor medida que la custodia individual. En el caso presente lo propuesto en la demanda no puede ser considerado como una custodia compartida, aunque dicha denominación haya sido otorgada por las sentencias dictadas por el Juzgado y la Audiencia, sino que ha de estimarse como una ampliación del régimen de visitas a favor del padre. Lo vinculante, como integrado en el concepto de cosa juzgada material (artículo 222 LEC), no es la denominación del régimen (en este caso «custodia compartida») sino el concreto alcance de lo resuelto acerca de la custodia y la forma en que se ha de llevar a cabo. De ahí que no puede argüirse con éxito que, declarada la custodia compartida, habría de entenderse acordado en todo caso dicho régimen con adopción de las medidas oportunas y adecuadas para una custodia conjunta, sino que se ha de atender al beneficio del menor según lo acordado.

En este sentido lo propuesto por la demanda puede afectar sin duda negativamente a la **estabilidad** de la menor Inmaculada que, en una semana, pernoctaría dos días **alternos** en el domicilio de cada uno de los progenitores, lo que sin duda llevó a la sentencia impugnada a decidir que lo mejor para dicha menor era continuar por ahora con el régimen establecido en el convenio que supone un amplio régimen de visitas.

Esta sala, abordando una situación similar a la ahora planteada, ha dicho en reciente sentencia de 3 mayo 2016 (Rec. 1099/2015) lo siguiente: «Si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio. Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan **estabilidad** alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana».

Por ello no cabe considerar que se ha producido infracción del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 , artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y artículo 39 CE , puesto que no ha vulnerado el principio de interés superior del menor.

TERCERO.- Desestimado el recurso, procede condenar al recurrente al pago de las costas del mismo por aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 con pérdida del depósito constituido .

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Anselmo contra la sentencia dictada el 30 de julio de 2015 por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz en el recurso de apelación 46/2015 . **2.º-** Confirmar dicha sentencia. **3.º-** Condenar a dicho recurrente al pago de las costas causadas por su recurso con pérdida del depósito constituido. 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.