



Roj: **STS 647/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:647**

Id Cendoj: **28079110012019100120**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2019**

Nº de Recurso: **3386/2018**

Nº de Resolución: **124/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 5847/2018,**
STS 647/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 124/2019

Fecha de sentencia: 26/02/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3386/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 25.^a

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 3386/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 124/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 26 de febrero de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 9 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1042/2017, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 354/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente el procurador don Miguel Zamora Bausa, en nombre y representación de don Felicísimo .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida, la procuradora doña Ana María del Olmo Gómez, en nombre y representación de doña Virtudes .

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales don Miguel Zamora Bausa, en nombre y representación de don Felicísimo , interpuso demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio contra doña Virtudes , suplicando al Juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se acuerde la modificación de las medidas dictadas por el Juzgado de Primera Instancia N.º 25, en la sentencia de divorcio n.º 498, de fecha 7-10-2010, relativas a los siguientes extremos: Régimen de guarda y custodia y pensión de alimentos fijada en favor del hijo menor Isidoro , resolviendo el paso a un régimen de guarda y custodia compartida, con obligación de mantener cada uno de ellos al menor mientras esté en su compañía y reparto de los gastos extraordinarios en los términos detallados en los hechos segundo y tercero de esta demanda. A saber: guarda y custodia compartida: El hijo menor de edad quedará bajo la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, por considerar este sistema el más adecuado para el buen desarrollo, educación y equilibrio emocional del hijo, lo que se llevará a efecto de conformidad a cuanto sigue:

"1.- Cuantas decisiones sean necesaria en cuestiones que afecten directa o indirectamente al menor, serán consultadas y decididas por ambos progenitores. En este sentido se fijan como de inexcusable consenso paterno-filial las medidas que conciernen al hijo referentes a elección de colegio, clases particulares, actividades extraescolares, cursos en el extranjero, viajes o salidas al extranjeros, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, etc.

"En virtud del derecho- deber que tienen los progenitores de velar por el hijo menor de edad, cuando se encuentren bajo la custodia de uno (guarda y custodia) u otro progenitor (régimen de visitas y estancias), deberán informarse mutuamente y de manera inmediata de cualquier circunstancia que acontezca respecto del menor y que tenga carácter relevante y muy especialmente de cualquier enfermedad, favoreciendo y facilitando el contacto. Igualmente, ambos progenitores tendrán derecho a estar informados del rendimiento escolar, para lo cual, tendrán pleno derecho a asistir y recibir cuanta información requieran del colegio donde asista el menor.

"2.- La guarda y custodia se atribuye al padre y a la madre por periodos alternativos de una semana, comenzando ésta desde el momento en que recoge al menor el lunes a la salida del colegio hasta que le entrega en el centro escolar el lunes siguiente por la mañana, comenzando por el padre. No se computan los meses de julio y agosto, por corresponder a estancias vacacionales y resto de vacaciones escolares.

"3.- En el periodo en que un progenitor tenga la guarda y custodia del menor, se establece para el otro el siguiente Régimen de visitas: Durante la semana fuera de períodos vacacionales. De lunes viernes.

"El menor estará con el progenitor que no tenga la guarda un día entre semana,- de no acordar otra cosa ambos progenitores será el miércoles- desde la salida del colegio, o en su defecto desde las 17 horas, hasta el día siguiente que se encargará de llevarlo al colegio, o en su defecto reintegrarlo en el domicilio del progenitor custodio del menor esa semana a las 11 horas.

"Si el miércoles fuese festivo, el progenitor al que le correspondiese la visita, le recogerá ese mismo día a las 17:00 horas en el domicilio del progenitor al que le correspondiese esa semana, y se encargará de llevarlo al colegio el día siguiente.

"Los progenitores se comprometen, si existiese algún motivo de índole laboral que motivase un cambio en el día asignado, a comunicarse fehacientemente esta circunstancia, procediendo entonces, tras alcanzar un acuerdo, a realizar la modificación pertinente.



"Vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano.

"Las Vacaciones escolares de Navidad del hijo común se repartirán por mitad entre ambos progenitores, consistiendo el primer período desde el día 22 de diciembre a las 20:00 horas al 30 de diciembre a las 20:00 horas, y el segundo periodo desde el 30 de diciembre a las 20:00 horas al 7 de enero a las 20:00 horas. En los años pares corresponderá a la madre el primer periodo establecido y al padre el segundo, y en los años impares corresponderá al padre el primer periodo establecido y el segundo a la madre.

"En caso de ampliarse o reducirse el período vacacional establecido anteriormente en función del Centro Escolar, dicho período será ampliado o reducido por partes iguales en equivalente beneficio o detrimento de ambos progenitores.

"Las Vacaciones escolares de Semana Santa del hijo común se repartirán por mitad a ambos progenitores, consistiendo el primer periodo desde el sábado a las 10:00 horas, inmediatamente posterior a la finalización del colegio hasta el Miércoles Santo a las 20:00 horas, y el segundo período desde el Miércoles Santo a las 20:00 horas hasta el Lunes de Pascua a las 20:00 horas. En los años pares corresponderá al padre la mitad de los períodos y a la madre el segundo, y en los años impares corresponderá el primer periodo a la madre y el segundo al padre.

"En caso de ampliarse o reducirse el periodo vacacional establecido anteriormente en función del Centro Escolar, dicho periodo será ampliado o reducido por partes iguales en equivalente beneficio o detrimento de ambos progenitores.

"Las Vacaciones escolares de verano del hijo común se repartirán por mitad a ambos progenitores, debiendo disfrutar del menor por periodos de forma discontinua. Cada progenitor permanecerá con su hijo un periodo de 15 días consecutivos en los meses de julio y agosto, correspondiendo la elección de las quincenas de los referidos meses a la madre en los años impares y al padre en los pares. El progenitor al que corresponda la elección deberá comunicarlo antes del 30 de abril del año en curso. La transición a las estancias de una semana, tras cada periodo de descanso empezara por el progenitor que no tuvo al menor en su compañía el último periodo vacacional.

"El resto de vacaciones escolares de verano que disponga el hijo en común, serán repartidos por partes iguales entre ambos cónyuges.

"Durante los períodos vacacionales se suspenderá el régimen de guarda y custodia por semanas alternas y los días entre semana. Una vez se reinicie el curso escolar, comenzará de nuevo el sistema de guarda y custodia establecido, correspondiendo la primera semana al progenitor que no haya disfrutado el último período de vacaciones.

"Comunicaciones telefónicas.

Ambos progenitores podrán comunicarse telefónicamente con su hijo con total libertad, respetándose para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio del menor. Asimismo, ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los períodos vacacionales el lugar donde se encuentren con su hijo, dirección y teléfono.

"Días especiales

"Al acordar los progenitores un sistema de guarda y custodia por semanas que se alternan, de lunes a lunes al entregar y recoger al menor en el colegio, los días festivos o puentes le pertenecerán al progenitor que tenga adjudicada esa semana.

"Si fuese festivo el lunes, el progenitor al que le corresponda la custodia esa semana disfrutará de la compañía del menor, desde que el otro progenitor acompañe al menor a su domicilio, en horario equivalente a la entrega en el colegio.

"4. Así mismo y en relación con lo anterior, procede sustituir el pago de la actual pensión de alimentos a cargo del padre, que solo tenía sentido en relación con el régimen de guarda y custodia individual, por la obligación de cada progenitor de mantener al menor durante el tiempo que conviva con él, además de satisfacer por mitad los gastos extraordinarios, tal y como se detalla a continuación:

"Cada progenitor se hará cargo de los gastos del menor en el tiempo en que ejerzan la custodia, debiendo atender al 50 % los gastos del colegio o estudios superiores, matriculas, excursiones escolares, material escolar y uniformes, así como los gastos extraordinarios ocasionados por el hijo con motivo de intervenciones quirúrgicas y productos farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social, servicio médico concertado, estomatología (ortodoncias, empastes, endodoncias), oftalmología (gafas, lentillas), ortopedia (plantillas), así



como otros que fueran imprevisibles y necesarios, previo acuerdo entre los progenitores, o en su defecto por resolución judicial."

2.- Por decreto de 13 de junio de 2016 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador de los tribunales don Francisco Miguel Redondo Ortíz, en nombre y representación de doña Virtudes, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado:

"[...]se dicte sentencia en la que se desestime la pretensión de modificación de medidas acordadas en la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado al que me dirijo en el procedimiento tramitado de mutuo acuerdo con el número 741/2010, con expresa imposición de costas al demandante."

4.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid, dictó sentencia el 31 de enero de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Sr. Procurador de los Tribunales don Miguel Zamora Bausa en nombre y representación de don Felicísimo contra doña Virtudes, bajo la representación de la Sra. Procuradora de los Tribunales don Francisco Miguel Redondo Ortiz, siendo parte el Ministerio Fiscal, modifíco los efectos establecidos anteriormente en la sentencia de divorcio dictada el 7 de octubre de 2010, aprobando el convenio regulador suscrito por don Felicísimo y doña Virtudes, de fecha 14 de junio de 2010 en el procedimiento seguido en este Juzgado con el número 215/08, acordando lo que sigue:

"Se establece el ejercicio de un sistema de custodia compartida semanal, teniendo lugar los cambios de dicha custodia los lunes a la entrada del colegio. Para evitar discrepancias se establece que el padre podrá estar con su hijo las semanas pares y la madre las impares, pudiendo apreciarse dicho número en un calendario en el que conste la numeración de las semanas.

"Se establece el siguiente régimen de visitas y estancias con el menor, el cual regirá en defecto de acuerdo:

"El progenitor que no ejerza la custodia por no corresponderle ese período semanal podrá estar con su hijo un día a la semana, que en principio se fija en todos los miércoles, si bien dicho día podrá ser modificado de común acuerdo, desde la salida del colegio o en su defecto las 17:00 horas hasta el día siguiente, jueves, a la entrada del colegio o en su defecto las 10:00 horas.

"Las vacaciones estarán divididas en dos mitades, siendo la primera la que abarca los siguientes períodos quincenales (o casi quincenales): desde el día siguiente al último lectivo a las 11:00 horas hasta el 30 de junio a las 20 horas; desde el 15 de julio a las 20 horas hasta el 31 de julio a las 20 horas; y desde el 15 de agosto a las 20 horas hasta el 31 de agosto a las 20 horas. La segunda mitad abarcaría los siguientes períodos quincenales (o casi quincenales): desde el 30 de junio a las 20 horas hasta el 15 de julio a las 20 horas; desde el 31 de julio a las 20 horas hasta el 15 de agosto a las 20 horas; y desde el 31 de agosto a las 20 horas hasta el último día festivo (víspera de la vuelta al colegio) a las 20:00 horas. La elección de estas mitades se hará del modo que se indicará posteriormente.)

"Vacaciones de Navidad.- Se repartirán por mitad las vacaciones escolares de Navidad, desde las 11.00 horas del primer día no lectivo y las 20:00 horas del último día no lectivo, en dos períodos comprendidos entre el primer día no lectivo y las 20:00 horas del día 30 de diciembre y el segundo período desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 del último día no lectivo. La elección de estas mitades se hará del modo que se indicará posteriormente.

"Vacaciones de Semana Santa.- Transcurrirán entre las 11.00 horas del primer día no lectivo y las 20:00 horas del último día no lectivo y se disfrutarán íntegramente por cada progenitor por años alternos.

"Correspondiendo a la madre los años impares y al padre los pares.

"Los períodos vacacionales escolares se regirán por el calendario escolar propio del centro escolar donde curse el menor sus estudios. Para la elección de los períodos tenga al niño bajo su cuidado ese día, si bien no podrán interferir con el horario profesional de los padres ni con el horario lectivo del hijo).

"En cuanto al día del padre y siempre que no sea día lectivo, si el hijo no estuviere con el padre, éste estará en compañía de su hijo desde las 13:00 horas hasta las 20:00 horas, y en cuanto al día de la madre, si el hijo no estuviere con la madre, ésta estará en compañía de su hijo desde las 13:00 horas hasta las 20:00 horas. Si coincide con un día lectivo, entre semana, el progenitor cuya festividad se celebre podrá realizar la estancia durante tres horas (elegidas en defecto de acuerdo por el progenitor que tenga al niño bajo su cuidado ese día, si bien no podrán interferir con el horario profesional de los padres ni con el horario lectivo del hijo).



"Pensión alimenticia.- Los gastos ordinarios de alimentación, vestido, parte proporcional de los suministros del hogar, ocio, etc. del niño serán sufragados por cada progenitor mientras esté en su compañía. Los gastos escolares del menor consistente en la cuota mensual y los gastos de comedor serán abonados por don Felicísimo , debiendo abonar el importe de la guardería, tanto la de mañana como la de tarde, el progenitor que haga uso de dicho servicio y en caso de que ambos progenitores hagan uso dicho servicio será abonado por mitad, así como el material escolar y uniforme que será abonado al 50% entre ambos progenitores. Debiendo correr ambos con el 50% de los gastos extraordinarios del menor aprobados de común acuerdo o por resolución judicial en caso de discrepancia, salvo aquellos que sean urgentes

"Se mantenga el empadronamiento del menor en el domicilio materno.

"Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que, en su caso, deberá presentarse ante este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde su notificación."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Virtudes , correspondiendo su resolución a la sección vigésimo cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 9 de abril de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Virtudes , representada por la Procuradora doña Ana María del Olmo Gómez; contra la sentencia de fecha 31 de enero de 2017; del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid; dictada en el proceso de Modificación de Medidas número 354/2016; seguido con don Felicísimo , representado por el Procurador don Miguel Zamora Bausa; debemos revocar y revocamos la expresada resolución, en el sentido de dejarla sin efecto alguno; y ser lo procedente mantener inalterada la vigencia de la sentencia de divorcio de 7 de octubre de 2.010; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta *alzada* a ninguno de los litigantes".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La representación procesal de don Felicísimo , formuló recurso de casación con base en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción del art. 90.3 CC pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera.

Motivo segundo.- Por infracción del art. 92.3 y 91 *in fine* CC , art. 775 LEC y 14 CE, el principio del favor *fili*, el art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, art. 39 CE, arts. 2 LO 1/1996.

2.- La sala dictó auto el 10 de octubre de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Felicísimo contra la sentencia dictada con fecha de 9 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1042/2017, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 354/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid.

"2º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

3.- El Ministerio Fiscal en su informe de 28 de noviembre de 2018, apoya el recurso formulado, con cita de sentencias recientes de esta sala.

4.- La representación procesal de doña Virtudes , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación.

1.- El presente recurso trae causa de demanda de modificación de medidas definitivas adoptada en juicio de divorcio, promovida por el progenitor no custodio, interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida respecto del hijo común -nacido en el año 2010- en sustitución del régimen de guarda y custodia materna que habían pactado los progenitores de mutuo acuerdo en el anterior procedimiento de divorcio, cuando el menor contaba con un año de edad.



2.- La sentencia de primera instancia estima la demanda ejercitada, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida, con alternancia semanal, al considerar, a la vista de lo probado, que es lo más ajustado y beneficioso para el menor, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, edad del menor, habilidades y aptitudes de los padres. Explica que ambos reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y que la madre alega lo perjudicial que sería para el menor un cambio de custodia, sin dar argumentos suficientes que justifiquen el rechazo. Explica que los progenitores han ampliado de hecho el régimen de estancias y vistas a favor del padre, acordado en el convenio regulador del divorcio, de forma que el menor, pernocta los domingos alternos con el padre, ve a su padre una tarde a la semana, desde la salida del colegio a las 20.00 horas, y otros dos días acude al colegio a ver a su hijo y otros dos días va a casa de la madre para jugar con él, las vacaciones escolares se reparten entre ambos progenitores por mitad; ambos progenitores tienen el domicilio cercanos, 4 KM de distancia cuando el menor está enfermo acuden al médico ambos progenitores, así como a las reuniones y tutorías del colegio. Relata que no hay relación entre ellos, pero es cordial, reconociendo la madre en el interrogatorio que la relación del padre con el menor es muy buena, y este le quiere mucho.

3.- Formulado recurso de apelación por la madre demandada, la Audiencia Provincial de Madrid, estima el recurso, desestimando la demanda formulada. Considera la sala de apelación que no se ha producido ni acreditado 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. Destaca que es normal el transcurso del tiempo y los cambios del menor, pero no son los que se exigen para operar la modificación de medidas. Y así expone que se han ampliado las visitas por consenso de ambas partes, que la madre lleva ejerciendo la custodia exclusiva de forma satisfactoria, por pacto entre los progenitores, que la solicitud de custodia compartida implica reconocer que la madre lo hace bien, y es favorecedora de las relaciones padre e hijo, ayudando a la ampliación de las visitas, incluso refiriendo que "luego no debe convertirse este proceso como un castigo al buen hacer y generoso de la madre".

4.- Frente a la citada resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, por el padre demandante se formula recurso de casación fundado en dos 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 principio del interés del menor. Explica la situación tan distinta existente cuando se pactó el convenio al actual, pues en aquél momento el menor era un bebé y actualmente cuenta con nueve años y cita STS de 13 de abril de 2016, 19 de julio de 2013 y 12 de abril de 2016, en cuya virtud se exige el interés del menor; el segundo, por infracción del art. 92.3 y 91 *in fine* CC, art. 775 LEC y 14 CE, el principio del favor *filii*, el art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, art. 39 CE, arts. 2 LO 1/1996, cita como infringida la doctrina contenida en SSTS 13 de abril de 2016, 29 de noviembre de 2013, y 26 de junio de 2015.

5.- La sala dictó auto el 10 de octubre de 2018 por el que acordó admitir el recurso interpuesto.

La parte recurrida formalizó escrito de oposición al recurso, alegando, en esencia, la ausencia de un cambio sustancial de circunstancias.

6.- El Ministerio Fiscal, con citas actualizadas de sentencias de la sala, interesó la estimación del recurso.

SEGUNDO.- *Decisión de la sala.*

1.- La sentencia 529/2017, de 27 de septiembre, recoge el cuerpo de doctrina de la sala sobre la cuestión que la parte recurrente somete a nuestra consideración, y de ahí el interés casacional del recurso.

Afirma lo siguiente: Ante todo cabe decir que el art. 90.3 CC establece que:

"3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges".

La transcrita redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero si cierto. (STS 346/2016, de 24 de mayo)

Es por ello que: "Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo. Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, rec. 1889/2014, que declara, partiendo del interés del menor, que se ha producido el cambio de circunstancias porque: (i) la



menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años; (ii) los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado. También se decide en ese sentido en la sentencia de 26 de junio de 2015, rec. 469/2014, que valora que "en el tiempo en que aquél se firmó era un régimen de custodia ciertamente incierto, como ha quedado demostrado con la evolución de la doctrina de esta sala y de la propia sociedad". Añade que no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida.". (sentencia 162/2016, de 16 de marzo).

El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental, no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida.

Como afirma la sentencia 182/2018, de 4 de abril, de mantenerlo así la sentencia recurrida "petrifica la situación del menor, de cuatro años de edad en estos momentos, con el único argumento de que se encuentra adaptado al entorno materno, sin razonar al tiempo sobre cual sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior; del interés del niño, es contrario a lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, como ha recordado con reiteración esta sala a partir de la sentencia 658/2015, de 17 de noviembre".

2.- En aplicación de la anterior doctrina, procede estimar el recurso de casación en sus dos motivos, por contradecir la sentencia recurrida dicha doctrina, con argumentos y citas jurisprudenciales ya superadas.

A la fecha en que se dicta la sentencia recurrida (9 de abril de 2018) ya existían las sentencias de la sala que se han citado; por lo que si se hubiese acudido a ellas, y en estrecha relación con los argumentos de la sentencia de la primera instancia, la confirmación de ésta no ofrecía problema, evitándose a la parte un recurso con resultado previsible.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, No se impone a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

Por desestimar el recurso de apelación se condena a la parte recurrente de este recurso a las costas ocasionadas por él.

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 don Felicísimo , contra la sentencia dictada con fecha 9 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1042/2017, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 354/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 25 de Madrid.

2.º- Casar la sentencia recurrida y, con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, confirmar ésta, cuya firmeza se declara.

3.º- No imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

4.º- Condenar a la parte recurrente del recurso de apelación a las costas causadas por este.

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

Así se acuerda y firma.