



Roj: **STS 2832/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2832**

Id Cendoj: **28079110012019100463**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/09/2019**

Nº de Recurso: **5454/2018**

Nº de Resolución: **490/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 490/2019

Fecha de sentencia: 24/09/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5454/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/09/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 5454/2018

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. 490/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 24 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de octubre de 2018, dictada en recurso de apelación 1365/2017, de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante de autos de juicio de modificación de medidas definitivas de divorcio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Francisco , representado en las instancias por la procuradora Dña. Matilde Marín Pérez, bajo la dirección letrada de Dña. Cristina García Bordonau, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Tomasa , representada por la procuradora Dña. Eloísa Prieto Palomeque, bajo la dirección letrada de D. Rafael Escamilla Tijero y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Francisco , representado por la procuradora Dña. Matilde Marín Pérez y dirigido por la letrada Dña. Cristina García Bordonau, interpuso demanda de juicio de modificación de medidas definitivas de divorcio contra Dña. Tomasa y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado:

"Dicte resolución estimando íntegramente la demanda de modificación formulada, acordando en concreto las siguientes modificaciones:

"1.- Adjudicar la guarda y custodia compartida diaria alternativa de la menor Candelaria a ambos progenitores, de forma que la niña estará con el padre todos los lunes y los miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguiente por la mañana en que la llevará al centro escolar; con la madre estará los martes y jueves desde la salida del colegio hasta el día siguiente en que la llevará al centro escolar, y los fines de semana estará alternativamente uno con cada progenitor desde el viernes a la salida del colegio hasta la mañana del lunes en que la llevará al colegio el progenitor con el que se encuentre. Las entregas y recogidas de la menor se realizarán en el centro escolar, salvo cuando no coincidan con día lectivo en que se realizarán en el domicilio del progenitor con el que se encuentre la niña en ese momento, siendo las recogidas a las 11 horas y la devolución a las 19 horas. En cuanto a los periodos de vacaciones se mantiene lo acordado y recogido en la sentencia de divorcio y en el auto de 28 de Octubre de 2015, en cuanto a su reparto y horario de entrega y recogida, efectuándose éstas en el domicilio del progenitor con el que se encuentre la menor.

"2.- Suprimir la cantidad de 200.-€ mensuales de alimentos a cargo de mi representado a abonar a la madre, estableciendo la obligación de ambos progenitores de abonar los gastos ordinarios de la menor durante el tiempo que esté en compañía de cada uno de ellos, así como la obligación de satisfacer por mitad el coste del colegio de la menor, los libros, tanto de inicio de curso como material escolar, así como el coste de los uniformes. Para atender el pago de dichos gastos, y considerando la cuantía actual de los mismos, a juicio de esta parte deberá ingresar cada uno de ellos la cantidad de 200.- euros mensuales en una cuenta mancomunada abierta por ambos, en la que se domiciliarán los citados gastos. En cuanto a las actividades extraescolares o clases de apoyo se satisfarán por mitad previo acuerdo de las partes, así como los gastos extraordinarios que se puedan producir en la vida de la menor previa acreditación de su importe y necesidad, o en caso de no ser necesarios siempre que hayan sido autorizados por ambos progenitores.

Todo ello con expresa condena en costas a la demandada en caso de oponerse a esta demanda".

2.- La demandada Dña. Tomasa , representada por la procuradora Dña. Eloísa Prieto Palomeque y bajo la dirección letrada de D. Rafael Escamilla Tijero, 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 demanda de modificación de medidas interpuesta de contrario, con expresa condena en costas para la parte actora".

3.- El fiscal se personó en los autos contestando a la demanda suplicando se dicte:

"Sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid se dictó sentencia, con fecha 20 de junio de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando la pretensión principal planteada por la procuradora Sra. Marín Pérez, en representación de D. Francisco contra Dña. Tomasa declaro haber lugar a la modificación de medidas interesada y en consecuencia formulo los siguientes pronunciamientos:



"1) La guarda y custodia de la hija común será compartida por ambos progenitores con la alternancia siguiente:

"El padre tendrá en su compañía a la menor los lunes y los miércoles desde la salida del colegio hasta el día siguientes en que la reintegrará al centro escolar donde la misma acude; la madre tendrá en su compañía a la menor los martes y los jueves desde la salida del colegio hasta el día siguiente en que la reintegrará al centro escolar y los fines de semana la menor estará alternativamente con cada progenitor desde el viernes a la salida del colegio hasta la mañana del lunes en que será reintegrada al centro escolar por el progenitor con quien se encuentre. Las recogidas y entregas de la menor se realizarán en el centro escolar, salvo que fuere día no lectivo en que se realizarán en el domicilio del progenitor que ostente la custodia en ese momento, siendo la recogida a las 11 horas y el reintegro a las 19 horas.

"2) Para atender otros gastos ordinarios que puedan producirse en relación a la menor (distintos a los de manutención que serán asumidos por el progenitor que en cada momento tenga la custodia de la hija), uno y otro progenitor viene obligado a ingresar mensualmente en una cuenta mancomunada que al efecto se aperture y dentro de los cinco primeros días de cada mes la cantidad de 200 euros, actualizándose su importe anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el I.P.C" publicado por el I.N.E.

"En todo caso los gastos extraordinarios que en relación a la hija puedan producirse serán costeados por mitad previa acreditación de su importe y necesidad.

"3) Se deja sin efecto la pensión de alimentos a cargo del padre en los términos fijados en la sentencia de divorcio.

"4) Se mantiene el régimen de vacaciones.

"Sin costas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 2 de octubre de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. Tomasa , representada por la procuradora Dña. Eloisa Prieto Palomeque, contra la sentencia de fecha 20 de junio de 2017; del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid , dictada en el proceso sobre modificación de medidas núm. 214/17; seguido con D. Francisco , representado por la procuradora Dña. Matilde Marín Pérez, debemos revocar y revocamos la mentada resolución; y, en su lugar debemos acordar:

"- Mantener en todos sus términos la sentencia de divorcio de fecha 2 de diciembre de 2008 , así como el acuerdo sancionado judicialmente. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas causadas en esta instancia".

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

Motivo primero. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida, con infracción de lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil en relación con el art. 3.º de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño , art. 39 de la Constitución y arts. 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor .

Motivo segundo. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida, y en relación con la infracción de lo dispuesto en el art. 90.3 , 91 y 92.8 del Código Civil en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño , art. 39 de la Constitución y art. 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 24 de abril de 2019 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Eloisa Prieto Palomeque, en nombre y representación de Dña. Tomasa , presentó escrito de oposición al mismo y por su parte el fiscal finalizó sus alegaciones exponiendo "se case la sentencia recurrida y se de efectividad a la sentencia de fecha 20 de junio de 2017 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid que acuerda la fijación de la medida de la guarda y custodia compartida y la supresión de la pensión de alimentos fijada para la menor a cargo del progenitor recurrente".



3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes.*

Demanda de modificación de medidas presentada por D. Francisco frente a Dña. Tomasa en la que solicitaba la modificación de las medidas relativas a la hija común adoptadas de común acuerdo por las partes en sentencia de divorcio de 2 de diciembre de 2008 y se acordase la guarda y custodia compartida. Alegaba que se había producido una alteración de circunstancias que justificaba la modificación interesada al contar la niña con 10 años de edad y a la vista del cambio jurisprudencial operado sobre la materia.

En primera instancia se estimó la demanda. Tras valorar la prueba practicada, en especial la documental e interrogatorio de las partes, consideró que resultaba acreditado que ambos progenitores estaban capacitados para atender a la hija, que se habían implicado en el cuidado y atención de la misma, viven en domicilios próximos y el reparto de tiempos con la hija es prácticamente el mismo con independencia de que la guarda y custodia exclusiva la ostente la madre. Precisó que si bien existe una deficiente comunicación entre ellos dicha circunstancia no puede constituir un obstáculo insalvable para el establecimiento de la custodia compartida, instando a los progenitores a mejorar su relación en beneficio de la hija común.

Recurrida en apelación por la demandada, la Audiencia estimó el recurso de apelación atribuyendo nuevamente la guarda y custodia a la madre al considerar que no concurren circunstancias modificativas de entidad suficiente que justifiquen un cambio de guarda y custodia que había sido acordado de común acuerdo por las partes a favor de la madre. Niega que la edad actual de la hija y el cambio doctrinal y jurisprudencial operado en la materia sean suficientes para entender producida dicha alteración sustancial, máxime cuando la sentencia de instancia insta a los progenitores a mejorar su relación en beneficio de la hija común, dada la deficiente comunicación que existe entre ambos.

Recorre en casación el padre, al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por oposición a la doctrina de esta Sala. En el motivo primero se alega la infracción del art. 92 CC en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, 39 CE y 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor y la 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 contenida en SSTS de 16 de febrero de 2015, 11 de febrero y 27 de junio de 2016, 3 de junio de 2016, 16 de septiembre de 2016, 12 de mayo de 2017 y 4 de abril de 2018 que viene exigiendo tomar en cuenta el interés del menor sin que baste una mención genérica y superficial para justificar la negativa al establecimiento de una guarda y custodia compartida pedida por uno solo de los cónyuges. Alega que en el presente caso la sentencia recurrida rechaza la guarda y custodia compartida por apreciar que concurren circunstancias relevantes en las relaciones de los cónyuges que justifican el rechazo de ese sistema de guarda, alegando solo que existe una deficiente comunicación entre los progenitores, sin concretar más, ni explicar porqué se atribuye a la madre ante esa deficiente comunicación, ni en que medida ello supone un perjuicio para la menor, máxime cuando además no consta que esa deficiente comunicación llegue al extremo de ser un verdadero conflicto y cuando la situación de facto se asemeja a una guarda y custodia compartida alternativa, existiendo jurisprudencia contraria a ello.

En el motivo segundo se alega la infracción del art. 90.3, 91 y 92.8 CC en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, 39 CE y 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor y la 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 contenida en SSTS de 17 de noviembre de 2015, 12 de abril y 20 de septiembre de 2016. Alega que, conforme a la jurisprudencia citada, la argumentación de la sentencia recurrida cuando sostiene que ni la edad actual de la hija (12 años) es una circunstancia modificativa, ni el cambio doctrinal y jurisprudencial operado en la materia es incorrecta, ya que no es preciso una alteración sustancial para poder solicitar la custodia compartida, máxime cuando se considera la misma en la actualidad como el sistema de custodia normal y deseable.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de casación.

SEGUNDO .- *Motivos primero y segundo.*

1.- Motivo primero. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida, con infracción de lo dispuesto en el art. 92 del Código Civil en relación con el art. 3.º de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, art. 39 de la Constitución y arts. 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor.



2.- Motivo segundo. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC por vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida, y en relación con la infracción de lo dispuesto en el art. 90.3 , 91 y 92.8 del Código Civil en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño , art. 39 de la Constitución y art. 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor .

En el recurso de casación se alega fundamentalmente que beneficia el interés de la menor la adopción de la custodia compartida, unido a que concurre una modificación sustancial de las circunstancias concretadas en que la menor había cumplido, entonces, diez años y en el cambio jurisprudencial experimentado.

TERCERO .- *Decisión de la sala. Custodia compartida. Modificación de circunstancias.*

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

En la sentencia recurrida se estima la apelación y se desestima la demanda, al entender que existe falta de comunicación entre los progenitores y por no concurrir modificación sustancial de las circunstancias.

De los hechos acreditados y no controvertidos, consta que el tiempo de estancia de la menor es prácticamente el mismo con los dos progenitores, adoptado de común acuerdo, por lo que la adopción del sistema de custodia compartida no ampliaría prácticamente la convivencia de la menor con los mismos, por lo que su interés no quedaría afectado y la pretendida falta de comunicación de los progenitores sería irrelevante dado que con la existente han sabido desenvolverse en un escenario de paridad en las estancias de la menor (sentencia 658/2015, 17 de noviembre).

Por otro lado, la menor cuando se divorciaron los padres tenía dos años y cuando se solicita esta modificación de circunstancias, la menor tenía 10 años (hoy 12 años), constando igualmente un cambio jurisprudencial propiciado por el rumbo de doctrina constitucional y de este Tribunal Supremo (sentencias 564/2017, de 17 de octubre y 390/2015, de 26 de junio), todo lo cual es una alteración significativa de las circunstancias, y entre la alegadas se valora fundamentalmente, que el sistema que opera desde la sentencia de divorcio, es prácticamente el mismo, con la variante de que las aportaciones económicas de los progenitores, serán ahora las mismas, siendo ello lo más razonable dada la similitud de profesiones y emolumentos (arts. 90 y 92 del C. Civil).

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación, estimando la apelación interpuesta, casando la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la sentencia de 20 de junio de 2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid (Procedimiento modificación medidas 214/2017).

CUARTO .- *Costas.*

No procede expresa imposición de las costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 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 D. Francisco , contra sentencia de fecha 2 de octubre de 2018, de la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid (recurso de apelación 1365/2017).

2.º- Casar la sentencia de la Audiencia Provincial, y confirmar la sentencia de 20 de junio de 2017 del Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid (Procedimiento de modificación de medidas 214/2017).

3.º- No procede expresa imposición de las 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.