



Roj: **STS 641/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:641**

Id Cendoj: **28079110012019100118**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/02/2019**

Nº de Recurso: **3354/2018**

Nº de Resolución: **122/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 94/2018,**
STS 641/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 122/2019

Fecha de sentencia: 26/02/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3354/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/02/2019

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 3354/2018

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. 122/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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 de fecha 6 de febrero de 2018, dictada en recurso de apelación 8926/2016, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla sentencia de fecha 6 de febrero de 2018, dictada en recurso de apelación 8926/2016, de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, dimanante de autos para modificación de medidas de sentencia de divorcio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de DIRECCION000; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Conrado, representado en las instancias por la procuradora Dña. Micaela Rodríguez Gavira, bajo la dirección letrada de Dña. Macarena del Río Castillo, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Macarena, representada por la procuradora Dña. Nuria Romero Guisado, bajo la dirección letrada de Dña. María Luisa Pichardo Mellado y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Conrado, representado por el procurador D. Francisco José Pacheco Gómez y dirigido por la letrada Dña. Macarena del Río Castillo, interpuso demanda de juicio de familia para modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio contra Dña. Macarena y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se tenga:

"Por interpuesta demanda de modificación de medidas definitivas, modificar las estipulaciones segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta recogidas en convenio regulador aprobado en el fallo de la sentencia núm. 552/2010 de fecha 27 de septiembre de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, relativas a guarda y **custodia** de los menores, y pensión de alimentos, para ser sustituidas por las que a continuación se indican, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada. Por ser de Justicia que, respetuosamente pido en Sevilla a 5 de mayo de 2015.

"I.- Patria potestad, guarda, **custodia** y régimen de visitas.

"A) Interesamos que tanto la patria potestad como la guarda y **custodia** de los hijos, sea **compartida** por ambos progenitores por períodos de alternancia semanal de siete días, entendiéndose que los períodos van de lunes a lunes, siendo el lugar de recogida y entrega el del colegio en el que estén cursando sus estudios, durante el período escolar, y en su defecto, en el domicilio de quien ostente la guarda en el último período, en aquellos días que no acudan al centro escolar.

"Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del C. Civil. Por tanto, deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a sus hijos adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los hijos deban conocer ambos padres.

"Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Si no lo señalan la comunicación se hará a través de correo electrónico, mensajes SMS o whatsapp, al que el otro progenitor deberá contestar en un plazo máximo de dos días, entendiéndose su conformidad en caso de que no conteste.

"Ambos progenitores participarán en las decisiones que con respecto a los hijos se tomen en el futuro, siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas.

"Sobre esta base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio del modelo educativo.

"Asimismo se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro.

"Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quién le corresponda la guarda y **custodia** el día en que vaya a tener lugar el referido acto.

"Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación e, igualmente, tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los



tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

"El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de los hijos podrá adoptar decisiones respecto a los mismos sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse.

"Todo ello, reiteramos debido a la edad de los menores y a las excelentes relaciones con su padre, y el frecuente contacto de ambos, así como la implicación del padre desde siempre en la crianza de los hijos y la mejor posición del padre para conciliar la vida familiar y laboral, que hacen aconsejable que se establezca un régimen de convivencia **compartida** para ambos progenitores, lo cual, sin lugar a dudas, incidirá de manera beneficiosa en los menores.

"B) Respecto al régimen de visitas.

"Siguiendo el mismo criterio que el señalado en el párrafo anterior, cual es lo más beneficioso para los hijos, y en el entendimiento que el contenido del mismo dependerá de los extremos en los que quede fijada la guarda y **custodia compartida** interesada por mi patrocinado, aún así y en atención a ello, se propone por esta parte establecer el siguiente sistema de guardia y **custodia compartida**:

"- Por períodos semanales de lunes a lunes con entrega y recogida en el centro escolar y en su defecto en el domicilio familiar cuando no acudan al centro escolar y en períodos vacacionales quedando los menores igualmente siempre en el domicilio familiar, serán los progenitores los que hagan la entrega en el propio domicilio coincidiendo con los períodos vacacionales en que los menores no acuden al colegio.

"- Mitad de períodos vacacionales:

"a) Vacaciones de Navidad:

"La mitad de las vacaciones navideñas, se dividirán en dos períodos:

"1.º) Desde la salida del colegio el día de finalización de clases escolares hasta el día 31 de diciembre a las 11 horas.

"2.º) Desde el día 31 de diciembre a las 11 horas hasta la entrada en clase del día de inicio del colegio.

"Si no hay acuerdo entre los progenitores, corresponderá al padre el primer período de los años pares y el segundo de los impares.

"b) Vacaciones de Semana Santa:

"La mitad de las vacaciones de Pascua, que se dividirán en dos períodos:

"1.º) Desde la salida del colegio el día de finalización de clases hasta el miércoles a las 11 horas.

"2.º) Desde el miércoles a las 11 horas hasta la entrada en clase del día de inicio del colegio.

"Corresponderá al padre, si no media otro acuerdo, el primer período de los años pares y el segundo período de los años impares.

"c) Vacaciones de Verano:

"La mitad de las vacaciones de verano, alternando uno y otro progenitor los siguientes períodos y siendo a las 20 horas la entrega y recogida, en el último día de cada fracción o período:

"1.º) Desde el último día lectivo hasta el 30 de junio.

"2.º) Del 1 al 15 de julio.

"3.º) Del 16 al 31 de julio.

"4.º) Del 1 al 15 de agosto.

"5.º) Del 16 al 31 de agosto.

"6.º) Desde el 1 de septiembre hasta el primer día lectivo.

"Corresponderá al padre, si no media otro acuerdo, iniciar con el primer período las vacaciones con sus hijos en los años pares/impares.



"Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los períodos vacacionales el lugar donde se encuentren con los hijos, dirección y teléfono. Pudiendo comunicarse con Vanesa y Javier, por teléfono o por internet, el progenitor que no esté con ellos siempre que lo considere oportuno y no afecte a los horarios de descanso de los menores.

"Cumpleaños de los hijos. En días no lectivos, los pasarán con el progenitor custodio hasta las 12:00 horas, recogidos a esa hora el otro progenitor para que puedan disfrutar de su compañía hasta las 16:00 horas en que deberán ser reintegrados al progenitor custodio.

"II.- Pensión por alimentos.- No procede establecer pensión alimenticia, toda vez que se establece una **custodia compartida**, de tal manera que cada progenitor abonará los gastos de alimentos de los menores durante el período que convivan con ellos. Los gastos extraordinarios serán abonados por partes iguales por los padres, entendiéndose por tales los sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social (gafas, lentillas, tratamientos ortopédicos, dentales, psicólogos, logopedas y similares); y los de educación (clases de apoyo necesarias para superar las asignaturas, uniformes, libros, matriculas, AMPA, cuota de colegio y material escolar). Otro tipo de gastos extraordinarios serán sufragados por partes iguales y consensuados por ambos cónyuges.

"III.- Para el caso que no fuese apreciada nuestra solicitud de **custodia compartida** solicitamos subsidiariamente se modifique la estipulación tercera del convenio en cuanto al régimen de visitas y comunicación en el siguiente sentido:

"A) Fines de semana.- El padre podrá tener consigo a los menores los fines de semana alternos, desde la salida del colegio del jueves hasta la entrada en el mismo el lunes.

"Para los días festivos se seguirá el mismo criterio, y para el caso en el que éstos sean previos o posteriores al fin de semana, es decir jueves o lunes se anticipará o retrasará un día la entrega o recogida de los niños, para el año en el que se diera la circunstancia de que fueran los dos, se harán ambas cosas.

"B) Visitas intersemanales: La semana que no le corresponda al padre estar con sus hijos el fin de semana podrá tener a los menores en su compañía los martes y miércoles desde la salida del colegio hasta las nueve de la noche, que serán entregados en el domicilio materno. Asimismo, la semana en que los tenga el fin de semana, también podrá visitarlos el martes, desde la salida del colegio hasta las nueve de la noche, que sean entregados en el domicilio materno - Mitad de períodos vacacionales:

"a) Vacaciones de Navidad:

"La mitad de las vacaciones navideñas, se dividirán en dos períodos:

"1.º) Desde la salida del colegio el día de finalización de clases escolares hasta el día 31 de diciembre a las 11 horas.

"2.º) Desde el día 31 de diciembre a las 11 horas hasta la entrada en clase del día de inicio del colegio.

"Si no hay acuerdo entre los progenitores, corresponderá al padre el primer período de los años pares y el segundo de los impares. Corresponderá al padre, si no media otro acuerdo, el primer período de los años pares y el segundo período de los años impares.

"c) Vacaciones de Verano:

"La mitad de las vacaciones de verano, alternando uno y otro progenitor los siguientes períodos y siendo a las 20 horas la entrega y recogida, en el último día de cada fracción o período:

"1.º) Desde el último día lectivo hasta el 30 de junio.

"2.º) Del 1 al 15 de julio.

"3.º) Del 16 al 31 de julio.

"4.º) Del 1 al 15 de agosto.

"5.º) Del 16 al 31 de agosto.

"6.º) Desde el 1 de septiembre hasta el primer día lectivo.

"Corresponderá al padre, si no media otro acuerdo, iniciar con el primer período las vacaciones con sus hijos en los años pares/impares.

"Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los períodos vacacionales el lugar donde se encuentren con los hijos, dirección y teléfono. Pudiendo comunicarse con Vanesa y Javier, por teléfono o por internet, el progenitor que no esté con ellos siempre que lo considere oportuno y no afecte a los horarios de descanso de los menores.



"Cumpleaños de los hijos. En días no lectivos, los pasarán con el progenitor custodio hasta las 12:00 horas, recogidos a esa hora el otro progenitor para que puedan disfrutar de su compañía hasta las 16:00 horas en que deberán ser reintegrados al progenitor custodio.

"IV.- Petición subsidiaria de modificación pensión de alimentos. Asimismo de forma subsidiaria, para el caso que no se apreciara nuestra solicitud de **custodia compartida**, solicitamos la modificación de la estipulación IV, estableciéndose una pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio de 487 euros mensuales".

Esta demanda se presentó ante los Juzgados de Sevilla correspondiendo al Juzgado de Primera Instancia núm. 7, incoándose procedimiento con el número 775/2015, en el que previo informe del fiscal se acordó mediante auto de 8 de julio de 2015 la incompetencia territorial del Juzgado y la remisión a los Juzgados de Primera Instancia de DIRECCION000 al considerarlo territorialmente competente. Recibidas las actuaciones en los Juzgados de DIRECCION000, correspondieron al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2, que las registró e incoó con el número 543/2015, admitiendo la demanda y dando traslado de la misma al demandado y al Ministerio Fiscal para su oposición.

2.- El fiscal, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, suplicando al juzgado:

"Se dicte sentencia conforme a los hechos que resulten probados, en interés de los derechos de los hijos menores de edad".

3.- La demandada Dña. Macarena, representada por la procuradora Dña. Nuria Romero Guisado y bajo la dirección letrada de Dña. María Luisa Pichardo Mellado, 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 desestimen íntegramente las pretensiones de la parte demandante, decretándose el mantenimiento de medidas fijadas en el divorcio de mutuo acuerdo 881/2010 por medio de sentencia núm. 552/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla con el único cambio relativo al domicilio de los menores que quedará redactado de la siguiente manera:

""VII. Domicilio de los menores.

"Los menores convivirán en un domicilio propiedad de su madre, Doña Macarena, sito en CALLE000 núm. NUM000 de DIRECCION001.

"La esposa se compromete a notificar al padre de los menores cualquier cambio temporal o definitivo del domicilio a los fines del ejercicio de la patria potestad".

"Solicitando esta parte además condena en costas a la parte demandante, por ser de Justicia que pido...".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de DIRECCION000 se dictó sentencia, con fecha 3 de febrero de 2016, cuya parte dispositiva falla:

"Estimar parcialmente la demanda de modificación de medidas paterno filiales interpuesta por el procurador de los tribunales D. Francisco José Pacheco Gómez, en nombre y representación de D. Conrado, frente a Dña. Macarena en el sentido de establecer un régimen de guarda y **custodia compartida** entre ambos progenitores en relación a los tres menores, por períodos semanales, de tal manera que cada progenitor estará una semana completa con los menores, desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada del colegio, debiendo residir en todo caso los menores, cuando estén con el padre en el domicilio de éste sito en la localidad de DIRECCION001, y cuando estén con la madre en el domicilio habitual de ésta sito en la localidad de DIRECCION001; el progenitor al que no le corresponda estar con los menores esa semana, tendrá derecho a estar con los menores, como mínimo y salvo mejor acuerdo, la tarde de los martes y jueves, desde las 16,30 horas hasta las 20,00 horas. Aquellos lunes en los que los menores no acudan al centro escolar, la recogida por el progenitor al que le corresponda esa semana estar con los menores, será a las 17.00 horas de dicho lunes en el domicilio donde se encuentren los menores. Si el lunes en que tuviese que tener lugar la entrega y recogida de los menores fuese festivo, la entrega y recogida del menor tendrá lugar dicho lunes a las 17.00 horas en el domicilio donde se encuentre el menor. En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano (entendiendo por tales los meses de julio y agosto), el régimen de visitas a disfrutar en dicho período será el aprobado por la sentencia de 27 de septiembre de 2010.

"Se acuerda modificar la estipulación relativa a la pensión de alimentos de modo que cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de alimentación de los menores durante el tiempo en que estén con ellos, debiendo además abonar D. Conrado a Dña. Macarena la cantidad mensual de 100 euros por cada uno de sus hijos, en



concepto de alimentos, cantidad que será abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe ésta, y que será actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC, siendo los gastos extraordinarios de los menores asumidos por ambos progenitores por mitad.

"No procede condena en las costas de este procedimiento".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, aportando en la sustanciación de la apelación la parte apelante demandada escrito sobre hechos nuevos a los que se opuso el demandado, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia, con fecha 6 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Estimando el recurso de apelación revocamos la sentencia de 3 de febrero de 2016 y desestimamos la demanda de modificación de medidas planteada por D. Conrado . No hacemos pronunciamiento sobre las costas de la alzada".

Y en fecha 9 de mayo de 2018 se dictó auto de aclaración, en la sentencia de apelación, en el que se acuerda:

"Se complementa la sentencia de 6 de febrero de 2018 y se amplía el régimen de visitas a los martes y jueves desde la salida del colegio a las 20 horas que deberán entregarse en el domicilio materno las semanas que no le corresponde al padre estar con los hijos el fin de semana; se amplía los fines de semana alternos al lunes siendo el padre el que los lleve al colegio. Se mantiene en todo lo demás el régimen de visitas".

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

Motivo primero.- Vulneración del principio de interés de los menores y del art. 90.3 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero, por cuanto la sentencia 41/2018, de 6 de febrero, de la Ilma. Audiencia Provincial Sección 2.ª de Sevilla, ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés de los menores en el análisis de las cuestiones relativas a su guarda y **custodia** a la vista de los hechos que declara probados, infringiendo lo establecido en el 90.3 del Código Civil y oponiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las sentencias 758/2013, de 25 de noviembre, 242/2016, de 12 de abril, 251/2016, de 13 de abril, y 390/2015, de 26 de junio, al establecerse en dicha sentencia recurrida que en el procedimiento de modificación de medidas el sistema de guarda y **custodia** acordado no puede modificarse si el mismo se ha desarrollado sin incidencias y sólo puede modificarse cuando se ha acreditado que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges supongan que se han modificado sustancialmente las circunstancias, infringiendo con ello lo dispuesto en el citado art. 90.3 del Código Civil y en la jurisprudencia referida de esta sala que considera que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial" pero sí cierto.

Motivo segundo.- Vulneración del principio de favor *fili* y del art. 92 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero. Se consideran infringidos por aplicación indebida y/o incorrecta del art. 92 CC en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el art. 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el art. 39, párrafo segundo de la Constitución Española, al oponerse 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** de ambos progenitores y que recogen entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2009, 10 y 11 de marzo de 2010, 1 de octubre de 2010, 7 de julio de 2011, 9 de marzo de 2012, 29 de abril de 2013, 25 de noviembre de 2013, más recientemente y de especial aplicación el caso que nos ocupa, entre otras la sentencia 194/2016, de 29 de marzo y la 3755/2017, de 25 de octubre, y 665/2017 de 13 de diciembre, presentando la misma interés casacional, que se fundamenta en la propia infracción de Ley.

Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre requisitos y criterios para acordar la **custodia compartida**. Concretamente entra en contradicción con su sentencia 257/2013, de 29 de abril, y sentó su doctrina señalando que el citado régimen es lo "normal y deseable", salvo que el interés del menor no lo aconseje.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 24 de octubre de 2018, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- En otrosí cuarto de la interposición de la casación la parte recurrente solicitó la admisión de prueba documental que se aportó con dicho escrito, si bien solo consta unido al escrito las calificaciones escolares de los menores nombradas como documento 4, no constando el nombrado como documento núm. 3.

3.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Nuria Romero Guisado, en nombre y representación de D. Macarena , presentó escrito de oposición al mismo; por su parte el Ministerio Fiscal solicitó "que se case la sentencia recurrida de fecha 6-02-2018 dictada por la Sección 2.ª de la Audiencia



Provincial de Sevilla y anulándola, se admita la demanda rectora interpuesta por la representación procesal de D. Conrado contra Dña. Macarena, y se de efectividad a la sentencia de fecha 3-02-2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de DIRECCION000".

4.- Respecto a la solicitud de prueba documental por la parte recurrente en providencia de fecha 11 de enero de 2019 se acordó no haber lugar a la misma. al no estar contemplado en la LEC, y ello sin perjuicio de que lo que la sala decida en su deliberación y no habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de febrero de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

El presente recurso trae causa de demanda de modificación de las medidas definitivas aprobadas en 2010, en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, en el que se acordó el régimen de **custodia** materna sobre los menores, nacidos, Javier en NUM001 de 2006 y Vanesa en NUM002 de 2008. Demanda promovida por el progenitor, interesando la adopción de un régimen de guarda y **custodia compartida** respecto de los tres hijos en común en sustitución del régimen de guarda y **custodia** materna. La madre se opuso a la modificación interesada.

El demandante interesó la práctica de la prueba psicosocial, previo examen de progenitores y menores, a la que se opuso la madre, y que no se admitió por el juzgado.

1.- Sentencia de primera instancia.

La sentencia de primera instancia estima la demanda, estableciendo un régimen de guarda y **custodia compartida** con alternancia semanal, al considerar que se habría producido una variación sustancial de las circunstancias que, en aras al interés superior de los menores, justifican el cambio interesado y ello en base a que a la fecha de divorcio, año 2010, el padre tenía fijado su domicilio habitual en Sevilla, lugar donde tenía y tiene su puesto de trabajo, teniendo los menores su entorno habitual, entonces y ahora en la localidad de DIRECCION001, lo que justificaba que a la fecha del dictado de dicha sentencia, los menores quedasen en compañía de la madre, en su localidad de residencia. Se destaca que i) a día de hoy el padre cuenta con domicilio propio en la localidad de DIRECCION001, en régimen de alquiler, tal y como acreditó documentalmente, lo cual facilita el desarrollo de un régimen de **custodia compartida**, ii) unido al tiempo transcurrido desde el dictado de la sentencia de 2010, cinco años y medio, siendo más elevada la edad de los menores, iii) que al dictado de aquella, la **custodia compartida** no era de común establecimiento, iv) la mayor estabilidad laboral, y disponibilidad horaria del padre, v) y el interés de los menores, por cuanto en modo alguno ha quedado acreditado que el contacto de los menores con el padre les sea perjudicial, habiendo declarado la madre que los menores están bien cuando vienen de estar con el padre. Por todo ello acoge la demanda, y precisa que el cambio de régimen de **custodia** no se acuerda por un inadecuado ejercicio de la **custodia** por la madre, sino como consecuencia del superior interés de los menores.

Expresamente dice la sentencia:

"[...] siendo beneficioso para los menores mantener un contacto similar con ambos padres, sobre todo cuando ello es posible por razón de la residencia de los mismos como ocurre en el presente caso, ayudando a ello la madurez que parecen demostrar ambos progenitores en cuanto a la comunicación mantenida en relación con los menores...".

2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por la madre demandada, la Audiencia Provincial de Sevilla, estima el recurso, desestimando la demanda formulada. Considera la sala de apelación que: i) no consta que durante el desarrollo de la **custodia** materna se hayan producido hechos significativos que cuestionen el cumplimiento por parte de la madre de las obligaciones derivadas de la **custodia**; desarrollándose de forma adecuada y siempre en beneficio de los menores; ii) el cambio de **custodia** debe justificarse en interés de los menores, por lo que no se puede instar solo por un deseo de uno de los progenitores, iii) se ha consolidado una situación en la vida de los menores. Concluye que no se ha justificado el cambio y que sea beneficioso para los menores, por lo que mantenida la relación adecuada con el progenitor a través del régimen de visitas, no procede el cambio.

La sentencia fue completada por auto de fecha 9 de mayo de 2018, por el que se amplía el régimen de visitas del padre a dos días entre semana y el fin de semana que corresponda al padre tener a los menores, se amplía hasta el lunes, llevándolos al colegio.

3.- Recurso de casación.



Frente a la citada resolución de la Audiencia Provincial de Sevilla, por el padre demandante se formula recurso de casación fundado en tres motivos, aunque, en realidad, son dos: el primero, por infracción del art. 90.3 CC pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera, no resultaría necesario un cambio "sustancial" de las circunstancias, pues la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas; y el segundo, por infracción del art. 92 CC, 39.2 CE, art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, art. 2 LO 1/1996, por cuanto no se habría tenido en cuenta el interés de los menores en la sentencia impugnada.

SEGUNDO.- *Motivos primero y segundo.*

1.- Motivo primero.- Vulneración del principio de interés de los menores y del art. 90.3 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero, por cuanto la sentencia 41/2018, de 6 de febrero, de la Ilma. Audiencia Provincial Sección 2.ª de Sevilla, ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés de los menores en el análisis de las cuestiones relativas a su guarda y **custodia** a la vista de los hechos que declara probados, infringiendo lo establecido en el 90.3 del Código Civil y oponiéndose a la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en las sentencias 758/2013, de 25 de noviembre, 242/2016, de 12 de abril, 251/2016, de 13 de abril, y 390/2015, de 26 de junio, al establecerse en dicha sentencia recurrida que en el procedimiento de modificación de medidas el sistema de guarda y **custodia** acordado no puede modificarse si el mismo se ha desarrollado sin incidencias y sólo puede modificarse cuando se ha acreditado que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges supongan que se han modificado sustancialmente las circunstancias, infringiendo con ello lo dispuesto en el citado art. 90.3 del Código Civil y en la jurisprudencia referida de esta sala que considera que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial" pero sí cierto.

2.- Motivo segundo.- Vulneración del principio de favor filii y del art. 92 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC en relación con lo dispuesto en el apartado tercero. Se consideran infringidos por aplicación indebida y/o incorrecta del art. 92 CC en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el art. 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el art. 39, párrafo segundo de la Constitución Española, al oponerse 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** de ambos progenitores y que recogen entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2009, 10 y 11 de marzo de 2010, 1 de octubre de 2010, 7 de julio de 2011, 9 de marzo de 2012, 29 de abril de 2013, 25 de noviembre de 2013, más recientemente y de especial aplicación el caso que nos ocupa, entre otras la sentencia 194/2016, de 29 de marzo y la 3755/2017, de 25 de octubre, y 665/2017 de 13 de diciembre, presentando la misma interés casacional, que se fundamenta en la propia infracción de Ley.

Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre requisitos y criterios para acordar la **custodia compartida**. Concretamente entra en contradicción con su sentencia 257/2013, de 29 de abril, y sentó su doctrina señalando que el citado régimen es lo "normal y deseable", salvo que el interés del menor no lo aconseje.

3.- Se desestiman los motivos.

Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre, que cita las de 12 y 13 de abril de 2016, la modificación de medidas, tal como el cambio de sistema de **custodia**, exige un cambio "cierto" de las circunstancias y que se adopte en interés de los menores.

En el procedimiento analizado, se rechaza el cambio del sistema de **custodia** por la Audiencia Provincial, al no aportarse un plan contradictorio, al no concretarse que el cambio vaya a beneficiar a los menores y que viene desarrollándose con normalidad el sistema de visitas, acordado en el correspondiente convenio regulador por los padres.

Estos argumentos son suficientes y desarrollados con la conveniente ponderación, como para rechazar el recurso planteado (aún teniendo en cuenta la prueba propuesta), a lo que debe añadirse que la ausencia de informe psicosocial y la no exploración de los menores (rechazados por el juzgado), sustrae una información valiosa y necesaria en orden a sopesar el interés de los menores, ausencia de elementos de juicio que desaconsejen el cambio del sistema de **custodia** (arts. 90.3, 92 y 68 del C. Civil, en relación con el art. 39.2 de la Constitución y art. 2 de la LO 1/1996).

TERCERO.- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Procede la pérdida del depósito constituido para la casación.



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. Conrado contra sentencia de fecha 6 de febrero de 2018, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla en el rollo de apelación 8926/2016.

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

3.º- Procede imposición de 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ