



Roj: **STS 1411/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1411**

Id Cendoj: **28079110012019100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/04/2019**

Nº de Recurso: **2732/2018**

Nº de Resolución: **211/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 211/2019

Fecha de sentencia: 05/04/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2732/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 2732/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 211/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 5 de abril de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Mateo , representado por la procuradora del turno de oficio D.^a María del Mar Serrano Moreno bajo la dirección letrada de D. José Luis Ramos Muñoz, contra la sentencia n.º 123 dictada en fecha 6 de abril de 2018 por la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Granada



en el recurso de apelación n.º 451/2017 dimanante de las actuaciones sobre modificación de medidas n.º 759/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 . Ha sido parte recurrida D.ª Celsa , representada por procurador del turno de oficio D. Miguel Ángel Tejedor Bachiller y bajo la dirección letrada de D.ª María Celestina Ortega Pérez.

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.- D. Mateo interpuso demanda de modificación de medidas definitivas contra D.ª Celsa en la que solicita se dicte sentencia:

"[...] por la que se acuerde la modificación de las medidas que se establecieron en la sentencia de fecha 09/07/2010, sustituyéndolas por las siguientes medidas;

"a) Atribución de la guarda y custodia de la menor Dulce a su padre don Mateo .

"b) Fijación a favor de la madre de un régimen de visitas consistente en fines de semana alternos desde las 12:00 horas de la mañana hasta las 19:00 horas de la tarde del domingo.

"c) Se fija como pensión de alimentos a favor de la menor Dulce y a satisfacer por su madre doña Celsa , la cantidad de 100 euros mensuales, los que deberán ser ingresados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el padre. La pensión se actualizará anualmente a primeros de cada año conforme las variaciones que experimente el IPC.

"Todo ello con expresa condena en costas a la demandada".

2.- La demanda fue presentada el 6 de octubre de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de DIRECCION000 y fue registrada con el n.º 759/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.ª Celsa contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dictar sentencia:

"[...] por la que, con desestimación íntegra de la demanda, se absuelva libremente a la demandada de cuantos concretos pedimentos se le dirigen, manteniendo íntegramente las medidas acordadas en sentencia sobre guarda, custodia y alimentos tras ruptura de pareja de hecho dictada por ese Juzgado el día 9 de julio de 2010, con expresa condena en costas a la contraparte".

4.- El Ministerio Fiscal también contestó a la demanda oponiéndose a la misma.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el/la Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de DIRECCION000 dictó sentencia de fecha 16 de mayo de 2017, con el siguiente fallo:

"Que debo ESTIMAR la pretensión de modificación de medidas definitivas acordadas en el procedimiento de medidas sobre uniones de hecho interpuesta por el procurador D. José Manuel Ramos Rodríguez en representación de D. Mateo contra D.ª Celsa acordándose las siguientes medidas:

"1.º- Patria potestad compartida.

"2.º- Guarda y custodia a favor del padre D. Mateo .

"3.º- Régimen de visitas y comunicaciones a favor de la madre, consistente en:

"Fines de semana alternos, desde la tarde de los viernes a la salida del colegio/instituto hasta el domingo a las 20,30 horas, que serán entregados en el domicilio del progenitor no custodio, debiendo ser el padre o su entorno familiar quién realice el traslado de la menor.

"Una tarde intersemanal, desde la salida escolar hasta las 20,30 horas, que serán entregados en el domicilio del progenitor custodio. El día de la semana será el elegido por la madre, en atención a su disponibilidad laboral y comunicándolo en todo caso como mínimo con una semana de antelación. A falta de elección se entenderá que se realizará los miércoles. Debiendo ser el padre o su entorno familiar quién realice el traslado de la menor.

"Además, cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana o unida a este por un puente reconocido por la institución donde curse sus estudios, se considerará agregado al fin de semana y en consecuencia corresponderá su disfrute el progenitor al que corresponda el fin de semana.



"En cuanto a las vacaciones; los progenitores podrán establecer un régimen de vacaciones específico previo al comienzo de cada periodo, que deberá ser firmado por ambos, y que no suponga desigualdad en cuanto al número de días de estancia con el menor, y en caso de desacuerdo o ausencia de acuerdo expreso, firmado y previo, se establece el siguiente régimen:

"En Navidad la madre podrá tener a la menor en su compañía en los años pares desde el día 22 de diciembre a las 18:00 horas (aun cuando el 23 fuera día de clase, en cuyo caso ese día el padre se encargará de llevar y traer a los hijos del colegio) hasta el 29 de diciembre a las 18:00 horas, y el resto, incluido el día de Reyes, hasta las clases tras este día estarán con la madre. Los años impares la madre podrá tener a los hijos en su compañía desde el 29 de diciembre a las 18:00 horas y los reintegrará el día de Reyes a las 20:30 horas sí al día siguiente hubiera colegio, y si no, los entregará a esa misma hora el día anterior al primer día de colegio siguiente al de Reyes.

"Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos períodos: el primero desde el Viernes de Dolores a las 18:00 horas hasta el Miércoles Santo a las 18:00 horas y otra mitad desde el Miércoles Santo a las 18:00 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 18:00 horas.

"En cuanto a las vacaciones del verano, cada uno de los progenitores tendrá consigo a los menores un mes completo, julio o agosto. Eligiendo en los años pares la madre y en los años impares el padre. La recogida se realizará el día 1 de julio o el día 1 de agosto a las 10:00 horas, y reintegrarlo al mismo a las 20:00 horas del último día del mes.

"Durante los periodos vacacionales no se interrumpen las estancias de fines de semana, las cuales corresponderán en los mismos términos expresados al otro progenitor que no esté con los menores.

"El progenitor no custodio podrá comunicar telefónicamente con los menores en los períodos que acuerden las partes y a falta de acuerdo todos los días a las 20,00 horas.

"4.º- Se fija como pensión alimenticia la cantidad mensual de OCHENTA EUROS (80 euros), que deberá ingresar D.ª Celsa dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o libreta de ahorro que el cónyuge designe ante este Juzgado. Dicha cantidad se incrementará o disminuirá conforme a las variaciones del Índice General de Precios al Consumo (I.P.C.), actualizándose anualmente de forma automática. Los gastos extraordinarios que genere el menor tales como médicos no cubiertos por la Seguridad Social, profesores de apoyo y similares serán abonados por mitad entre los padres previa comunicación.

"Tal pensión de alimentos es fijada tanto en atención a las necesidades de la menor así como a la capacidad económica de ambos progenitores, especialmente del alimentante. Y es que los menores, con las carencias que ha manifestado el padre, se encuentran bien asistidos, cubriendo sus necesidades básicas, y por otro lado la madre no tiene un trabajo fijo, sino que como ha manifestado se encuentra viviendo con sus padres y con una enfermedad, lo que hace difícil su inserción laboral.

"Se apercibe a las partes de que el incumplimiento del régimen de visitas y estancia fijado podrá dar lugar a la imposición de multa coercitiva o modificación del régimen de guarda y visitas conforme a lo previsto en el artículo 776 LEC .

"Sin expresa condena en costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Mateo .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, que lo tramitó con el número de rollo 451/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 6 de abril de 2018 , con el siguiente fallo:

"Se revoca la sentencia de cuyo recurso conocemos. No ha lugar a efectuar modificación de medidas. Se mantiene la sentencia de nueve de julio de dos mil diez".

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

1.- D. Mateo interpuso recurso de casación cuyo motivo de casación fue el siguiente:

"Dispone la sentencia citada de fecha 12 de abril de 2016, fundamento de derecho quinto, sentando doctrina jurisprudencial posteriormente seguida por otras sentencias de esta alto Tribunal que, "A la vista de la doctrina jurisprudencial mencionada debemos declarar que el art. 90.3 del C. Civil , en su última redacción establece que:



"3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo a las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario Judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código.

"Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio *sustancial*, pero si cierto.

"En el presente supuesto se dan las siguientes circunstancias que aconsejan la estimación del recurso, en interés del menor, al apreciarse un cambio significativo de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se adoptó el anterior sistema de custodia...

"3.- El menor tenía cinco años y en la actualidad doce años...

"4.- El informe de la psicóloga del Juzgado aconseja el sistema de custodia compartida".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por don Mateo contra la sentencia dictada con fecha de 6 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Granada (sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 451/2017, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 759/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 11 de febrero de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 20 de marzo de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1.- *Acciones ejercitadas y sentencia de Primera instancia.*

El presente recurso trae causa de la demanda de juicio de modificación de medidas promovida por el padre en el que se interesaba, sustancialmente, la atribución al mismo de la guarda y custodia de la hija menor (nacida el NUM000 de 2008), con establecimiento de una pensión alimenticia con cargo a la madre.

Formulada oposición por la madre, en su informe el Ministerio Fiscal interesó la adopción del cambio de la guarda y custodia solicitada, con el establecimiento de una pensión alimenticia con cargo a la madre.

En la causa consta la existencia de informe psico-social en el que se concluye la gran disposición del padre y de la abuela paterna para hacerse cargo de la menor, pudiendo atender a sus necesidades básicas, circunstancias que no concurren en la persona de la madre.

En la sentencia de primera instancia, finalmente, se estima la demanda de modificación de medidas con adopción del cambio del régimen de guarda y custodia de la menor. Considera el juzgador de primera instancia que la continuación de la custodia de la madre resulta inviable, a causa de su enfermedad, y que el padre y su entorno familiar ofrecen una mejor atención a la menor.

2.- *Sentencia de segunda instancia.*

Formulado recurso de apelación por la madre demandada, la Audiencia Provincial de Granada estima el recurso formulado. Entiende la sala de apelación que para la estimación de la pretensión ejercitada sería necesaria una "indispensable alteración sustancial de las circunstancias", y que "No apreciamos alteración sustancial de las circunstancias, a la vista de las fechas de los informes".

3.- *Recurso de casación.*

Por el padre demandante se interpone recurso de casación, fundado en un único motivo por infracción del art. 90.3 CC, de acuerdo con su vigente redacción que determina que procede la modificación de medidas



"cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges", en relación con el interés de la menor.

Alega el recurrente que se ha producido en el supuesto de autos una modificación de circunstancias que justificaría el cambio de custodia atendiendo a la existencia de un "cambio cierto" en relación o con el interés de la menor, de acuerdo con el sentido de informe psicosocial unido a los autos. Alega la recurrente que el citado informe se elaboró a instancia de los Servicios Sociales, tras requerimiento efectuado por el colegio donde la menor cursa estudio de cuarto de primaria.

En este sentido, cita la parte la STS de 24 de mayo de 2016, por la que: "debemos declarar que el art. 90.3 del C. Civil, en su última redacción establece que:

"3. Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código".

"Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial", pero sí cierto."

4.- La sala dictó auto el 14 de noviembre de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación interpuesto y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso.

5.- El Ministerio Fiscal solicita la estimación del recurso con cita de doctrina de la sala aplicable al caso enjuiciado.

SEGUNDO.- Decisión de la sala

1.- La doctrina de la sala citada por la parte recurrente se reitera en la reciente sentencia 124/2019, de 26 de febrero, que, aunque para un supuesto de modificación de la guarda y custodia monoparental en compartida, es, en su esencia, aplicable a la modificación aquí pretendida:

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 sí 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.



2.- Por tanto, no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor.

3.- Basta con la lectura de la sentencia recurrida para apreciar que se desliga totalmente del interés de la menor, sin analizar el informe emitido por el equipo psico-social, como sí lleva a cabo la sentencia de primera instancia.

Este informe, minucioso y detallado, fruto de una metodología concienzuda se detiene en la enfermedad de su madre de naturaleza psíquica así como en la de la abuela materna, también psíquica aunque de menor entidad, así como en el rol del abuelo paterno.

A continuación analiza la figura del padre y de su entorno, destacando la figura de la abuela paterna.

Tras este estudio concluye en los términos que recoge la sentencia de primera instancia, en la que no se hace un reproche peyorativo de la madre, sino que el acento se pone en la enfermedad que padece, proyectada al interés de la menor.

Por todo ello, el motivo ha de estimarse.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se impone a la parte recurrente las costas del recurso.

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. Mateo , representado por la procuradora del turno de oficio D.ª María del Mar Serrano Moreno, contra la sentencia n.º 123 dictada en fecha 6 de abril de 2018 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada en el recurso de apelación n.º 451/2017 dimanante de las actuaciones sobre modificación de medidas n.º 759/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 .

2.º- Casar la sentencia recurrida y, con desestimación del recurso de apelación, confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, cuya firmeza se declara.

3.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.