



Roj: **STS 5193/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5193**

Id Cendoj: **28079110012023101632**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2023**

Nº de Recurso: **4583/2022**

Nº de Resolución: **1644/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1026/2022,**
STS 5193/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.644/2023

Fecha de sentencia: 27/11/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4583/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 15/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. Sección Cuarta

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN núm.: 4583/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1644/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 27 de noviembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Ernesto , representado por la procuradora Dña. María Inmaculada Mozos Serna, bajo la dirección letrada de D. Luis Serena Núñez, contra la sentencia n.º 172/2022, dictada el 6 de abril de 2022 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en el rollo de apelación n.º 879/2021, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 453/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ciutadella.

Ha sido parte recurrida Dña. Consuelo , representada por el procurador D. Fernando Miguel Martínez Roura, bajo la dirección letrada de Dña. Susana Anano Rodríguez.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El procurador D. Ricardo Squella Duque de Estrada, en nombre y representación de D. Ernesto , presentó el 9 de diciembre de 2020, una demanda de modificación de medidas contra Dña. Consuelo , en la que solicitaba que, previa la tramitación pertinente se dictase sentencia por la que se acordase la fijación de las siguientes medidas:

"[...]l.- En cuanto a la Patria Potestad esta parte solicita que se continúe ejerciendo de modo conjunto por ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas a Emma serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo. Para facilitar los acuerdos, las partes, además de personalmente, se comunicarán por vía telefónica o DIRECCION000 , así como por correo electrónico, obligándose a respetar y cumplir los pactos que por dichos medios alcancen. En caso de discrepancia, resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil.

"A título indicativo y no exclusivo, serán decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad las relativas a las siguientes cuestiones:

"a) Cambio de domicilio de la menor fuera del municipio de residencia habitual y traslado al extranjero, salvo en caso de viajes vacacionales que deberán ser comunicadas con la antelación mínima de dos semanas.

"b) Elección inicial o cambio de centro escolar.

"c) Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.

"d) Celebraciones sociales y religiosas de relevancia (bautismo, primera comunión, confirmación y similares en otras religiones).

"e) Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

"Ambos progenitores tendrán derecho a obtener información sobre la marcha escolar de la menor, a sus notas y a participar en todas las actividades del centro escolar relacionada con su hija. Igualmente tendrán derecho a recabar información médica sobre los tratamientos de su hija, tanto de la contraparte, en el supuesto de que fuera quien lo hubiera llevado al médico, como de los servicios médicos.

"II.- Un régimen de Guarda y **Custodia compartida**, por semanas alternas, efectuándose la recogida de la menor los lunes al mediodía, a la salida de la guardería o colegio al que asista Emma . La guarda y **custodia compartida** se articulará del siguiente modo:

"-El progenitor no custodio podrá comunicarse telefónicamente con su hija a diario, entre las 19:00 y las 20:00 horas, siempre que ello no suponga un obstáculo para la realización de sus actividades habituales.

"-Este régimen se prolongará durante todo el año, incluyendo los periodos vacacionales de la menor o de los padres, sin perjuicio de los acuerdos a los que pudieran llegar las partes y de lo previsto ut infra respecto a las vacaciones de Navidad. En los periodos vacacionales o no lectivos la recogida de la menor por el progenitor con el que le corresponda pasar la semana se efectuará el lunes a las 13:00 horas en el domicilio del progenitor con el que haya pernoctado la noche anterior.

"-Durante las vacaciones de Navidad las fiestas señaladas se repartirán equitativamente, de tal manera que la menor pase la cena de Noche Buena con un progenitor y la comida de Navidad con el otro (la entrega de la menor se realizará dicho día de Navidad, a lo más tardar, a las 12:00 horas); Fin de año con un progenitor y Año



Nuevo (la entrega de la menor se realizará dicho día, a lo más tardar, a las 12:00 horas) con el otro y, respecto a Reyes, el menor pasará la noche de Reyes con un progenitor y el día de Reyes con el otro (el progenitor que tenga a la menor consigo la noche de Reyes lo recogerá a las 10:00 horas y lo entregará al día siguiente, día de Reyes, a lo más tardar a las 10:00 horas). Todo ello sin perjuicio de los acuerdos que libremente puedan establecer las partes.

"-En cualquier caso, ambos progenitores podrán comunicarse con su hija telefónicamente, mediante correo electrónico... con total libertad, debiéndose tener en consideración para este tipo de comunicación el horario de descanso o estudio de la menor. Asimismo, los padres permitirán la comunicación de su hija con los respectivos familiares: abuelos, tíos, primos y familia extensa, así como que el menor sea recogido y entregado por persona autorizada por el otro progenitor.

"-En caso de que alguno de los progenitores falleciese, sus padres (los del progenitor fallecido) dispondrán de un régimen de visitas para con el menor, como mínimo, de una tarde a la semana, los jueves, de 17:00 a 20:00 horas, así como un sábado de pernocta al mes.

"-En cuanto a los dos días de Sant Joan, 23 y 24 de junio, en el supuesto de que en virtud del régimen de guarda y **custodia** solicitado coincidiese que a la menor le correspondiese pasar los dos días con uno de los progenitores, la menor pasará el 23 con un progenitor y el 24 con el otro. En caso de discrepancias respecto al día la madre elegirá los años pares qué día quiere pasar con la menor y los impares elegirá el padre. El día 23 el progenitor al que le corresponda tendrá a la menor desde las 10:00 horas de dicho día hasta las 10:00 horas del día 24, y el progenitor al que le corresponda el día 24 tendrá al menor desde las 10:00 horas del 24 a las 10:00 del día 25. De igual forma se repartirán la fiesta del día "D'es Be", siendo que un progenitor pasará dicho día con un progenitor, a partir de las 10:00 horas de la mañana, y el día anterior (Sa vetlla d'es Be) con el otro, también a partir de las 10:00 horas de la mañana.

"-Los días de los santos y cumpleaños de la menor se alternarán para su estancia con cada progenitor (salvo que ambos esposos acuerden acudir y organizar conjuntamente al evento). El denominado "Día del Padre", lo pasará la menor en compañía del mismo, y el "Día de la Madre" lo pasará con la misma. 18

"-Durante los cambios de guarda y **custodia**, junto con la menor, las partes entregarán al otro progenitor el DNI, el Libro de Familia y la Cartilla de Sanidad.

"III.- Vivienda. Al establecerse un régimen de guarda y **custodia compartida**, y tener las partes sus respectivas viviendas en las que residir con la menor, nada hay que acordar al respecto, pues la menor residirá en la vivienda del progenitor que en cada momento tenga la guarda y **custodia**.

"IV.- Pensión alimenticia. Al solicitarse una guarda y **custodia compartida** en periodos absolutamente equitativos, cada progenitor abonará los gastos ordinarios de alimentación, habitación y ropa de la menor durante el tiempo en que la misma esté bajo su **custodia**, los gastos de educación y sanidad se abonarán por mitades partes.

"V.- En cuanto a los gastos extraordinarios, cada progenitor abonará el 50% de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de la hija y hasta su independencia económica, siempre que quede acreditación documental y fehaciente de los mismos. Dichos gastos, a excepción de los mencionados ut infra, deberán ser decididos conjuntamente por ambos progenitores o, en caso de discrepancia, autorizados judicialmente, en ambos casos con carácter previo.

"Se consideran gastos extraordinarios que deberán ser abonados al 50% por los cónyuges los gastos médicos, sanitarios o farmacéuticos que no estén cubiertos por el Sistema Nacional de la Salud, al estar la hija común incluida en la cartilla de la Seguridad Social del padre.

"Asimismo se consideran en todo caso gastos extraordinarios, a los presentes efectos, los siguientes: ortodoncias, aparatos de ortopedia, prótesis dentales y visitas al dentista en general, gafas, lentes de contacto, consultas médicas, tratamiento psicológico por dificultades en el aprendizaje y tratamientos de rehabilitación, intervenciones quirúrgicas no cubiertas por la Seguridad Social, matrículas en centros de estudio, Escuelas Técnicas, Universidades, etc... clases de repaso sobre materias lectivas obligatorias en caso de retraso escolar, cuotas por asistencia a actividades lúdicas y deportivas y extraescolares en general, todos los gastos escolares (adquisición de libros, material escolar, APIMA, transporte escolar, viajes de fin de curso, excursiones...) bicicletas, ordenadores personales si fuera considerada necesaria su adquisición por los progenitores en este último caso.

"Para el caso de que la hija común cursara estudios fuera de la isla, sean éstos universitarios o no, los gastos de estancia, mantenimiento y manutención, 19 durante los meses de estudio efectivo, serán abonados por cada cónyuge por mitades partes.



"Si uno de los cónyuges hubiere de afrontar dichos gastos extraordinarios, el que hubiera abonado el concreto gasto presentará copia de la factura o recibo al otro cónyuge, quien de inmediato le satisfará la mitad que le corresponda o lo ingresará en la cuenta bancaria designada por el cónyuge que afrontó el gasto.

"La factura o recibo se remitirá por correo electrónico a la otra parte especificando el concreto gasto que se haya efectuado y adjuntando un archivo con copia escaneada de la factura o recibo que se ha abonado.

"Y todo ello con expresa condena en costas si la contraparte se opusiera a nuestras legítimas pretensiones".

2. El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ciutadella de Menorca la registró como procedimiento de modificación de medidas supuesto contencioso núm. 453/2020. Admitida a trámite por decreto de 17 de diciembre de 2020, se acordó dar traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal a fin de que en el plazo de veinte días hábiles se personasen y la contestasen, lo que hicieron en tiempo y forma.

3. Tras seguirse los trámites correspondientes se dictó por ese Juzgado la la sentencia n.º, de 19 de julio de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

" Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Ricardo Squella Duque de Estrada, en nombre y representación de D. Ernesto contra Dña Consuelo , se acuerda la modificación de las medidas definitivas adoptadas en el procedimiento de Guarda y **Custodia** y Alimentos Contencioso n.º 299/2018 que se contienen en la sentencia de 12 de diciembre de 2018 en el siguiente sentido:

" 1º.-La patria potestad y guarda y **custodia** de la hija que ambos tienen en común, Emma , es **compartida** entre ambos progenitores.

" 2º Respecto al reparto equitativo del tiempo en que se concreta la guarda y **custodia compartida**, se establece el siguiente:

" Ambos progenitores disfrutarán de la compañía de su hija en semanas alternas, siendo el día de intercambio de la menor el lunes, de manera que Emma será llevada a la guardería o al colegio ese día por el progenitor a quien corresponda y será recogida a la salida del colegio por el otro, es decir, a quien le corresponda disfrutares a semana que se inicia.

" En períodos de vacaciones escolares o cuando el lunes no fuese lectivo, la menor será recogida por el progenitor al que le corresponda disfrutar esa semana a las 13:00 horas en el domicilio del otro progenitor, si bien , en caso de acuerdo podrán hacer el intercambio en la forma que mejor convenga a ambos.

" El día del cumpleaños de la hija, el progenitor a quien no correspondiera estar con ella según el reparto ordinario del tiempo, podrá estar con sus hija desde las 18:00 hasta las 20:00 horas si se tratara de un día lectivo y desde las 16:00 hasta las 21:00 horas en día festivo o sábado. El "Día del Padre" lo pasará la menor en compañía del mismo e igualmente el "Día de la Madre" lo pasará la madre con su hija.

" Los períodos vacacionales escolares de Semana Santa, Verano y Navidad, salvo acuerdo en otro sentido, no se repartirán, teniendo en cuenta que al establecerse un reparto del tiempo por semanas alternas de forma automática se produce la distribución entre ambos progenitores de dichos períodos vacacionales. Se exceptúa el día 6 de enero en que el progenitor a quien no le corresponda estar con su hija ese día podrá estar con ella a partir de las 14:00 horas y hasta las 20:00 horas.

" El progenitor no custodio podrá comunicarse telefónicamente o por videollamada (previo acuerdo con el otro progenitor para verificar que se puede realizar) con su hija diariamente siempre respetando las rutinas de la menor y las horas de descanso de ésta.

" En cuanto a los dos días de fiestas de Sant Joan, 23 y 24 de junio, en el supuesto de que en virtud del régimen de guarda y **custodia compartida** que aquí se decreta, coincidiese que a la menor le correspondiese pasar los dos días con uno de los progenitores, la menor pasara el 23 con un progenitor y el 24 con el otro. En caso de discrepancias respecto al día, la madre elegirá en los años pares y el padre en los impares. El día 23 el progenitor al que le corresponda tendrá a la menor desde las 10:00 horas de dicho día hasta las 10:00 horas del día 24 y el progenitor al que le corresponda el día 24 tendrá a la menor desde las 10:00 horas del 24 a las 10:00 horas del día 25. De igual forma se repartirán la fiesta del día "D`es Be" siendo que la menor pasará dicho día con un progenitor a partir de las 10:00 horas de la mañana y el día anterior (Sa vetlla d`es Be) con el otro, también a partir de las 10:00 horas de la mañana.

" 3º.-En concepto de alimentos a favor de las hija, cada progenitor asumirá los gastos ordinarios y básicos de la misma durante los períodos en que asuma su cuidado y los gastos de educación de la menor (matrículas, libros , material escolar, clases de repaso obligatorias) y gastos extraordinarios, considerándose como tales

los gastos médicos, odontológicos, oftalmológicos, etc que sean necesarios y no incluidos en la Seguridad Social o seguro privado, así como aquellos que participan de las notas de imprevisibilidad, carácter necesario o consensuado (clases particulares y actividades extraescolares) y falta de periodicidad, serán abonados al 50% por ambos progenitores.

"No se aprecian méritos bastantes para efectuar una especial imposición de costas procesales".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. Contra la referida sentencia por la representación de la parte demandada se formuló recurso de apelación, al que se opuso el Ministerio Fiscal y el demandante.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que lo tramitó con el número de rollo de apelación 879/2021 y, tras seguirse los trámites correspondientes, dictó la sentencia n.º 172/2022, de 6 de abril de 2022, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO:

"Que, estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada Consuelo contra la sentencia de fecha 19 de julio de 2021, dictada por el juzgado de primera instancia número 2 de Ciudadela, SE REVOCA la misma en el sentido de mantener el sistema de **custodia** exclusiva de la madre establecido en sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018, aprobatoria del convenio suscrito por ambas partes, estableciéndose asimismo que corresponderán al padre el disfrute de los días que son festivos en Ciudadela: San Joan y el día de Es Be y a la madre los días festivos en su localidad de San Nicolás y San Martín.

"No se hace declaración en cuanto a las costas de esta alzada, ni de las de primera instancia.

"No se hace pronunciamiento alguno de las costas procesales causadas en ambas instancias".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La representación de D. Ernesto interpuso contra la referida sentencia recurso de casación por razón del interés casacional, por vulneración de jurisprudencia del Tribunal Supremo al amparo de lo dispuesto en el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 477.2.3 de la misma ley adjetiva.

1.1 Fundamenta la interposición del recurso de casación en dos motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

"[...] I.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los arts. 90 y 91 del Código Civil, en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, el art. 39 de la Constitución, y los arts. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; al oponerse la sentencia recurrida en casación a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico por encima de cualquier requisito formal y/o procesal, aplicando por tanto incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados y por ello infringiendo y desconociendo la doctrina de esta sala contenida muy especialmente en las sentencias número 559/2020 de fecha 26 de octubre de 2020, 579/2017 de fecha 25 de octubre de 2017, y 311/2020 de fecha 16 de junio de 2020.

II.- Al amparo de lo establecido en el art. 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 477.3.º del mismo texto legal, 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 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, el art. 39 de la Constitución, y los arts. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, infringiendo y desconociendo la doctrina de esta sala contenida muy especialmente en las sentencias número 110/2017 de 17 de febrero de 2017, 370/2017 de fecha 9 de junio de 2017 y las sentencias 257/2013 de 29 de abril de 2013 y 495/2013 de 19 de julio de 2013".

2. Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes, por auto de 21 de junio de 2023 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

3. Por providencia de de 2023 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para votación y fallo el 15 de noviembre de 2023, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO. Resumen de antecedentes**

1. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por D. Ernesto contra D.ª Consuelo y acordó "[l]a modificación de las medidas definitivas adoptadas en el procedimiento de Guarda y **Custodia** y Alimentos Contencioso nº 299/2018 que se contienen en la sentencia de 12 de diciembre de 2018" en el sentido de establecer que la guarda y **custodia** de la hija menor, Emma, sería **compartida** por ambos progenitores y que cada uno de ellos se haría cargo de los gastos ordinarios y básicos de esta durante los periodos en que asumieran su cuidado, así como del 50% de los gastos de educación y de los extraordinarios.

El juzgado, para justificar la modificación del régimen de guarda y **custodia** de la menor, aduce "[u]na modificación de la situación existente en el momento de dictarse la sentencia de familia que se pretende modificar, referida a la edad de la menor y al nacimiento del hijo del demandante." y anota que "[n]o se aprecia la existencia de inconveniente alguno para el establecimiento del régimen de guarda y **custodia compartida** que solicita el padre, que según jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo de ociosa cita debe ser el preferente y el normal.", señalando en este sentido que "Ambos progenitores son perfectamente aptos para ejercer sus responsabilidades en la crianza y educación de la hija en común", que "No se aprecia en el progenitor no custodio circunstancia alguna que le impida llevar a cabo la crianza y educación de la hija menor, ya que si bien el padre es trabajador por cuenta ajena en un establecimiento de horno y panadería cuenta con un horario perfectamente compatible con las actividades de su hija y además cuenta con apoyo de otros familiares, especialmente su actual pareja, que le ayude en dicho ejercicio", que "Ambos progenitores cuentan con viviendas próximas entre sí, la madre en la localidad de DIRECCION001 y el padre aquí en Ciutadella, a unos 20 minutos en coche la una de la otra", que "No se aprecia la existencia de conflictos graves entre ambos progenitores [...]", que "[l]a madre [...] reconoce que el demandante es un buen padre que cumple con el régimen de visitas y con el pago de las pensiones de alimentos, salvo alguna discrepancia ya pasada.", que "[e]l padre [...] solicita la guarda y **custodia compartida** para poder disfrutar más tiempo con su hija, puesto que ya tiene 3 años y medio y puede hacerse cargo perfectamente de la niña, que además podrá estar más tiempo con su nuevo hermano y estrechar lazos familiares con él, teniendo el apoyo de su actual pareja que se ocuparía de llevar a la niña al colegio y recogerla para comer todos juntos y el resto de la tarde pasarlo con su hija.", y que "[s]e ha puesto de manifiesto que la menor incluso cuenta con mayores comodidades en casa del padre, ya que tiene su propia habitación a diferencia de la vivienda donde reside la madre que la comparte con su propia madre y dos hermanos, por lo que la niña duerme con la madre."

Analizadas las circunstancias anteriores y teniendo en cuenta, además, que "[l]a madre no ha aportado razón justificativa suficiente que determine la improcedencia de establecer un régimen de guarda y **custodia compartida**, más que su propia oposición al mismo [...]", el juzgado estima que el régimen de guarda y **custodia compartida** es "[e]l más adecuado para la hija menor, ya que permite que se relacione con ambos padres por igual recibiendo la crianza y educación de los dos, ya que ambos progenitores deben encontrarse en posición de igualdad una vez transcurridos los primeros meses de vida en que ha podido prevalecer la vinculación materna. Con este régimen de guarda y **custodia compartida** por semanas alternas se logra una mayor estabilidad en la vida de la menor, pues es muy fácil de interiorizar incluso para una niña pequeña, y supone una mejora de la calidad del tiempo del que disfrutaba el progenitor no custodio, que, de otro modo, se vería relegado a un disfrute del tiempo que podemos considerar "residual". A lo anterior y por lo que ahora interesa el juzgado añade, por último, que "[t]ampoco existe una distancia excesivamente grande entre el domicilio del padre y el colegio de la niña, pues no puede considerarse tal un recorrido de unos 20 minutos en coche, y en todo caso el pequeño inconveniente que pudiera derivarse de esta circunstancia no alcanza a superar los beneficios que para la hija menor tendrá el poder relacionarse con el padre en condiciones de igualdad que con la madre."

2. La demandada interpuso un recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estimó y revocó la sentencia apelada "en el sentido de mantener el sistema de **custodia** exclusiva de la madre establecido en sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018, aprobatoria del convenio suscrito por ambas partes [...]"

La Audiencia Provincial reconoce que no existen "[m]otivos de inhabilidad del padre o falta de capacidad parental" y que, por lo tanto, "lo normal es que con el paso del tiempo el sistema de **custodia** evoluciones (sic) a una **compartida**", pero no aprecia "[e]n este momento [...] un cambio sustancial de circunstancias que aconsejen su modificación, sino que las existentes se tuvieron en cuenta a la hora de firmar el convenio regulador: corta edad de la menor, distancia entre domicilios de los progenitores y horario de trabajo del padre [...]", por lo que considera que "[n]o se ha producido un cambio sustancial ni importante de las circunstancias para justificar una modificación del sistema de **custodia**, existiendo en todo caso dudas respecto a que la modificación que se propone sea beneficiosa para la menor, dudas que han de inclinar la balanza probatoria a favor de mantener el sistema de **custodia**."



El tribunal de apelación también admite que "[e]l padre tiene una nueva pareja y otro hijo más pequeño [...]" y que no se puede dudar "[d]e que la pareja del actor la vaya a cuidar [a la menor]", pero señala acto seguido, por un lado, que "[p]recisamente, la solicitud de la **custodia compartida** tiene por objeto que la menor está bajo la **custodia** de su padre y aunque este pueda recibir ayuda externa o de otras personas, no parece aconsejable que dada la corta edad de la menor debido al trabajo del padre este tenga que ausentarse durante todas las noches de la semana y en su mayor parte y no quedando, de este modo, bajo su cuidado directo y personal durante las noches de toda la semana que la menor convive con el padre.", y, por otro lado, que "La relación entre hermanos queda salvaguardada con las visitas y comunicaciones que la menor tenga con su padre".

3. El demandante apelado (ahora recurrente) ha interpuesto un recurso de casación por razón de interés casacional. El recurso ha sido admitido. La demandada apelante (ahora recurrente) se ha opuesto. Y la fiscal lo ha apoyado.

SEGUNDO. Motivos del recurso. Alegaciones de la recurrida y de la fiscal. Decisión de la sala

Motivos del recurso

1. El recurso interpuesto se funda en dos motivos:

1.1 El motivo primero se introduce con el siguiente encabezamiento:

"Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los arts. 90 y 91 del Código Civil, en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, el art. 39 de la Constitución, y los arts. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; al oponerse la sentencia recurrida en casación a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico por encima de cualquier requisito formal y/o procesal, aplicando por tanto incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados y por ello infringiendo y desconociendo la doctrina de esta sala contenida muy especialmente en las sentencias número 559/2020 de fecha 26 de octubre de 2020, 579/2017 de fecha 25 de octubre de 2017, y 311/2020 de fecha 16 de junio de 2020."

Lo que se alega en el desarrollo del motivo, en esencia, es que la sentencia recurrida ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor, ya que:

"[l]a mayor edad de los menores y el transcurso de tres años desde la adopción de las iniciales medidas es cambio cierto y significativo que permite la modificación del régimen de guarda y **custodia** exclusiva a un régimen de guarda y **custodia compartida**, debiéndose tener en cuenta asimismo, como acontece en el presente caso, la idoneidad y capacidad parental y el hecho de que éste disponga de vivienda independiente y que haya reconstruido su vida afectiva. A ello se ha de unir la llegada de un nuevo hermano, la relación con el cual no puede sino ser beneficiosa para la menor."

1.2 El motivo segundo se introduce con el siguiente encabezamiento:

"Al amparo de lo establecido en el art. 481.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 477.3.º del mismo texto legal, 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 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989, el art. 39 de la Constitución, y los arts. 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, infringiendo y desconociendo la doctrina de esta sala contenida muy especialmente en las sentencias número 110/2017 de 17 de febrero de 2017, 370/2017 de fecha 9 de junio de 2107 y las sentencias 257/2013 de 29 de abril de 2013 y 495/2013 de 19 de julio de 2013."

En el desarrollo del motivo se vuelve a alegar la aplicación incorrecta del principio de protección del interés del menor por la sentencia recurrida ahora:

"[a]l ponderar como perjudicial unos desplazamientos en coche que son iguales en número tanto si se adopta una guarda y **custodia** exclusiva o **compartida** y una distancia de escasamente 20 km, y al considerar perjudicial un horario laboral nocturno que, sin embargo, permite al señor Ernesto en el presente caso asumir plenamente el cuidado de su hija durante el día y, con el apoyo de su pareja, durante la noche, y ello sin tomar en consideración los criterios establecido por el Tribunal Supremo para la adopción de la guarda y **custodia compartida**, con infracción del artículo 92 del C.C."

Alegaciones de la recurrida y de la fiscal

2. La recurrida se opone al recurso alegando que el hecho de que hayan transcurrido dos años desde que se acordó la **custodia** exclusiva en su favor y cuando la menor tenía un año hasta la interposición de la demanda de modificación de medidas cuando aquella ya había alcanzado los tres años "[n]o justifica que haya habido



un cambio de circunstancias"; que el hecho de que el padre haya rehecho su vida con una nueva pareja con la que ha tenido un hijo "[t]ampoco es suficiente para alegar una modificación de las circunstancias que sea significativa"; y que teniendo en cuenta el trabajo nocturno del recurrente "Queda más que probado que no será el (sic) quien ejerza esa **custodia compartida** sino su pareja".

La fiscal alega para justificar su apoyo al recurso que "[n]o se aprecia la existencia de inconveniente alguno que desaconseje la **custodia compartida** de acuerdo con los argumentos desarrollados por el juzgado de instancia al valorar el material probatorio [...]"; que "[l]a distancia [entre domicilios] es muy escasa y no produce desarraigo alguno"; y que "Tampoco el trabajo nocturno del padre le impide atender las necesidades de la niña, contando además con el apoyo y ayuda de su pareja actual, como se ha acreditado durante el periodo de 9 meses en que se ha ejecutado el régimen de **custodia compartida** sin incidencia alguna. Situación que además permitiría a la menor estrechar lazos con su nuevo hermano".

Decisión de la sala

3. Procede el examen conjunto de los dos motivos, dado que ambos se fundan en la aplicación incorrecta del principio de protección del interés del menor.

Refiriéndonos a la modificación de circunstancias, en la sentencia 559/2020, de 26 de octubre, con cita de las sentencias 215/2019, de 5 de abril, y 31/2019, de 19 de diciembre, que cita, a su vez, las de 12 y 13 de abril de 2016, dijimos que:

"[l]a 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 (art. 91 del C. Civil).

"Igualmente en sentencia 311/2020, de 16 de junio, se declaró:

""En base a lo expuesto, se debe declarar que concurre un cambio cierto y sustancial en las circunstancias dada la escasa edad que tenían los menores cuando los padres se divorciaron, el tiempo transcurrido, la posibilidad de vivienda independiente del padre, la reconstrucción de sus vidas afectivas por parte de ambos progenitores, la idoneidad como educadores de ambos y la trascendencia del informe psicosocial que no desaconseja la **custodia compartida**, todo ello unido a un amplio régimen de vistas preexistente que va a facilitar la transición al actualmente fijado".

"En el mismo sentido las sentencias 124/2019, de 26 de febrero, y 211/2019, de 5 de abril".

Y en relación con la guarda y **custodia compartida**, en la sentencia 870/2021, de 20 de diciembre, dijimos que:

"[c]onforma una manifestación declarada por este tribunal del interés y beneficio de los menores, en tanto en cuanto: 1) se fomenta la integración de los hijos con su padre y con su madre, obviando desequilibrios en los tiempos de presencia; 2) se evita el sentimiento de pérdida; 3) no se cuestiona la idoneidad de los progenitores; y 4) se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores (sentencias 433/2016, de 27 de junio; 526/2016, de 12 de septiembre; 545/2016, de 16 de septiembre; 413/2017, de 27 de junio; 442/2017, de 13 de julio; 654/2018, de 30 de noviembre y 175/2021, de 29 de marzo, entre otras)".

Y en la sentencia 559/2020, de 26 de octubre, que:

"Sobre el sistema de **custodia compartida** esta Sala ha declarado:

""La interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y **custodia compartida**, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" (STS 25 de abril 2014).

"Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013: "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente



a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. (Sentencia 2 de julio de 2014, rec. 1937/2013)"".

La sentencia recurrida, a diferencia de la dictada por el órgano de primera instancia que sí lo hace, no aplica correctamente la doctrina anterior, ya que, la escasa edad de la menor cuando se atribuyó la guarda y **custodia** exclusiva a la madre, el tiempo transcurrido, la reconstrucción de la vida afectiva del padre y el hecho de que este haya tenido otro hijo, permiten apreciar, conforme a nuestra doctrina, un cambio cierto y sustancial en las circunstancias.

Además, la idoneidad como educadores de ambos progenitores, la conveniencia de que la menor desarrolle con facilidad y del mejor modo no solo la relación con sus dos progenitores, sino también la relación fraternal con su hermano, el hecho de no haberse constatado la existencia de inconveniente alguno para el establecimiento del régimen de guarda y **custodia compartida** que solicita el padre (no lo es su trabajo nocturno, que no le impide atender las necesidades de su hija, labor para la que cuenta, además, con la ayuda y apoyo de otros familiares y, especialmente, de su actual pareja; y tampoco constituye inconveniente la distancia existente entre los domicilios de los progenitores, dado que no es significativa), y que dicho régimen, en principio, tal y como señala el juzgado, debe ser el preferente y normal, configura un conjunto circunstancial favorable al establecimiento de la guarda y **custodia compartida** que se aprecia, en este momento, como el sistema más idóneo y acorde al principio del interés superior del menor.

En definitiva, como asevera la fiscal, con la que estamos de acuerdo, "El interés superior de la menor no debe confundirse con el mantenimiento de la situación anterior por el mero hecho de que así venía desarrollándose". La edad actual de la menor y el contacto fluido con ambos progenitores y su nuevo hermano resulta beneficioso y favorable para su desarrollo. Y, además, no concurren circunstancias de peso que aconsejen la limitación de la relaciones paternofiliales.

En consecuencia, procede estimar el recurso interpuesto, casar la sentencia recurrida, desestimar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia.

TERCERO. Costas y depósitos

1. Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC) y se dispone la devolución del depósito constituido para interponerlo (apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta LOPJ).

2. Al desestimarse el recurso de apelación de D.^a Consuelo se le imponen las costas de dicho recurso (arts. 398.1 y 394.1 LEC) y se dispone la pérdida del depósito constituido para interponerlo (apartado 9 de la disposición adicional decimoquinta LOPJ).

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. Ernesto contra la sentencia dictada por la Sección N. 4 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con el n.º 172/2022, el 6 de abril de 2022 (rollo de apelación 879/21), y casarla.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D.^a Consuelo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N. 2 de Ciutadella de Menorca, con el n.º 101/2021, el 19 de julio de 2021 (procedimiento de modificación de medidas 453/2020), y confirmar dicha sentencia.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes y disponer la devolución de la totalidad del depósito constituido para interponerlo.

4.º- Imponer las costas del recurso de apelación a la apelante con pérdida por esta del depósito constituido para interponerlo.

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