ADN
LEFEBVRE · EL DERECHO

EDJ 2019/564270 STS Sala 1ª de 05/04/2019

Tribunal Supremo Sala 1ª, 05/04/2019, nº 215/2019, rec. 3683/2018

Ptte: Arroyo Fiestas, Francisco Javier

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

1.- D. Fermín , representado por el procurador D. Gabriel Francisco García Ruano y dirigido por el letrado D. Francisco Pérez Cardona, interpuso demanda de juicio para modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia contra Dña. Eva María y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado:

"Acuerde modificar las medidas relativas al menor recogidas en la sentencia de 22 de abril de 2014, autos de Medidas sobre hijos de uniones de hecho 26/13 tramitados ante este Juzgado de Primera Instancia DOS de DIRECCION000 para ser sustituidas por las que a continuación se indican, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada si se opusiera a nuestra justa y legítima pretensión:

"-El ejercicio de la patria potestad seguirá siendo compartido. No obstante, los padres podrán tomar aquellas decisiones que, por su urgencia, y cuando esté el menor con ellos, sean necesarias en interés de esta.

"-La atribución de la guarda y custodia del hijo menor será compartida por ambos progenitores, de modo que el menor estará con cada progenitor una semana desde la salida del colegio los miércoles, hasta la entrada a la semana siguiente.

"-Como régimen de visitas en los periodos vacacionales, y tomando como referencia el calendario escolar, el menor estará con cada progenitor la mitad de las vacaciones de Verano, Navidad y Semana Santa, eligiendo en estos periodos de tiempo en años pares el padre y en los impares la madre.

"-El uso de la vivienda familiar será también compartido, y por ello los periodos de guarda y custodia que correspondan a cada uno de los progenitores se realizarán en la misma, sita en DIRECCION001 , CALLE000 , EDIFICIO000 , Portal NUM000 , NUM001 .

"-En todo caso, los padres podrán comunicarse por cualquier medio y en cualquier momento con el menor, con respeto siempre a sus horarios, a sus estudios y actividades y a su bienestar personal.

"-Respecto a los alimentos para el hijo cada progenitor se hará cargo de los gastos que le genere el menor cuanto esté a su cargo, debiendo ingresar ambos progenitores en una cuenta conjunta la mitad de los gastos de educación y sanidad de la menor, así como la mitd de aquellos gastos extraordinarios que sean consensuados por ambos progenitores".

2.- Admitida la demanda, emplazándose a la demandada y al Ministerio Fiscal, el fiscal se personó presentando escrito e interesando se tuviera "por evacuado el traslado de contestación a la demanda".

3.- La demandada Dña. Eva María , personándose en las actuaciones representada por la procuradora Dña. Pilar Rejón Sánchez y bajo la dirección letrada de D. Ricardo Rojas García, 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 desestime la demanda interpuesta de contrario, con imposición de las costas al actor".

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 27 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Estimar la demanda de modificación de medidas presentada por la representación procesal de Fermín frente a Eva María , aprobando las siguientes:

"1.- La guarda y custodia del hijo menor de ambos se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores, estando con cada uno de ellos por semanas alternas. La semana correspondiente al padre coincidirá con aquella en que el mismo tenga en su trabajo turno de mañana.

"2.- El menor permanecerá en el domicilio de DIRECCION001 , situado en CALLE000 , EDIFICIO000 , portal NUM000 , NUM001 , debiendo el padre y madre (o personas por ellos autorizados), alternativamente recoger al menor el lunes de la semana respectiva a la salida del colegio, devolviéndolo también el lunes siguiente al centro escolar a la hora de entrada al mismo, pasando esa semana en compañía del niño en dicho domicilio.

"3.- El jueves de la semana que no corresponda la guarda y custodia, el progenitor no custodio podrá recoger al menor a la salida del colegio y estar con él hasta las 20:00 horas, devolviéndolo a su domicilio.

"4.- Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano, se dividirán por mitades entre los dos progenitores, eligiendo período el padre en años pares y la madre en los impares.

"5.- Cada progenitor asumirá los gastos ordinarios que genere el menor durante el tiempo que esté a su cargo. Los gastos extraordinarios, previamente consensuados, serán abonados por mitad entre ambos progenitores.

"No hay pronunciamiento en materia de costas".

SEGUNDO.-

Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada e impugnada la sentencia por la demandante, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, con fecha 25 de mayo de 2018 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: No ha lugar a efectuar modificación de medidas alguna, manteniéndose la sentencia actualmente en vigor, en sus propios términos".

TERCERO.-

1.- Por D. Fermín se interpuso recurso de Casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Se formula al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC de 2000 , en relación al 477.3 por infracción del art. 92.5 , 6 , 7 y 8 CC , en relación con el art. 3.1 de la Convención del as Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, el art. 39, el art. 2 y 11.2 a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , oponiéndose 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 por ambos progenitores, aplicando por tanto incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados; y ello infringiendo y desconociendo la doctrina de esta sala contenida muy especialmente, por la amplitud del régimen de estancias concedido al padre en la STS 495/2013, de 19 de julio , 194/2016, de 29 de marzo , 257/2013, de 29 de abril , 759/2011 de 2 de noviembre , 614/2009, de 28 de septiembre ; 10 marzo , 11 marzo y 8 de octubre 2010 y 10 de enero de 2012 ; 22/2018, de 17 de enero , 433/2016 de 27 de junio , 614/2009, de 28 de septiembre ; STS 4861/2010 (Rcj), número de recurso 681/2009, de 1 de octubre ; 257/2013, de 29 de abrf; número de resolución 576/2014, de 22 de octubre; 25 de abril de 2014, 25 de noviembre de 2013; 29 de noviembre de 2013, 17 de diciembre de 2013; 6 de febrero de 2015, 9 de septiembre de 2015, 14 de octubre de 2015, 22/2018 de 17 de enero; y STS de 29 de marzo de 2016 , sentencia 194/2016 , en los requisitos necesarios para acordar la custodia compartida y muy especialmente el relativo a la entidad de las malas relaciones entre los progenitores.

Motivo segundo.- Se formula al amparo de lo establecido en el art. 477.2.31 de la LEC de 2000 , en relación a 477.3 por infracción de los artículos 90 y 91 CC , en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre e 1989, el artículo 39, el artículo 2 y 11.2 a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , oponiéndose a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menos 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 ello infringiendo y desconociendo la doctrina de esta sala contenida muy especialmente en la Sentencia nº 251/2016 de TS, Sala 1.ª, de lo Civil, 13 de abril de 2016 ; STS 761/2013, de 12 de diciembre de 2013 y STS de 20 de abril de 1987 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 12 de diciembre de 2018 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Pilar Rejón Sánchez, en nombre y representación de Dña. Eva María , presentó escrito de oposición al mismo; por su parte el fiscal, en su escrito, interesó la estimación del recurso.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 26 de marzo de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

Antecedentes.

El presente recurso trae causa de demanda de modificación de medidas definitivas adoptadas en juicio sobre relaciones paterno filiales, promovida por el progenitor no custodio, interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida respecto del hijo común -nacido el día NUM002 de 2012- en sustitución del régimen de guarda y custodia materna que habían pactado los progenitores de mutuo acuerdo en el anterior procedimiento, a la vista del informe del equipo psicosocial emitido entonces, que informaba a favor de una custodia materna, indicando la conveniencia de una custodia compartida cuando el menor cumpliere tres años de edad.

1. La sentencia de primera instancia estima la demanda ejercitada, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida, con alternancia semanal, al considerar, a la vista de lo probado, y del informe psicosocial emitido a tal efecto, que es lo más ajustado y beneficioso para el menor, atendiendo a las circunstancias concurrentes, edad del menor, habilidades y aptitudes de los progenitores. Explica que ambos reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y apoyos familiares y que el equipo psicosocial detecta que la madre atribuye al hijo expresiones y conductas que no son adecuadas ni objetivas para su edad. Igualmente considera acreditado que el padre tiene trabajo que le permite alternar turnos de tarde y mañana, lo que le permitiría dedicar la tarde al completo al cuidado del hijo, contando con el apoyo además de sus padres. Concluye que el informe del equipo psicosocial, se insistió en los beneficios que la custodia compartida ofrece al niño, destacando las aptitudes del padre, para el desarrollo eficaz del mismo; así como que de las testificales e interrogatorios se ha obtenido la convicción de que ambos progenitores están perfectamente capacitados para el ejercicio de la custodia responsable, que el menor presenta buena vinculación afectiva con ambos, por mucho que la madre se haya esforzado en manifestar lo contrario- indica expresamente la sentencia- y que ambos cuentan con apoyo familiar necesario, cuando lo precisen. Concluye que al no concurrir ningún impedimento en los progenitores, se acuerda la custodia compartida por semanas, a través de sistema rido, de modo que el menor quedará siempre en el domicilio familiar, alternándose los progenitores.

2. Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por la madre demandada, la Audiencia Provincial de Granada, estima el recurso, desestimando la demanda formulada, volviendo al régimen de custodia materna. En el Fundamento de Derecho segundo, dispone: "[...]Nos encontramos ante un hijo extramatrimonial, Alonso , cuya guarda y custodia la tiene la madre, nacido el día NUM002 de 2012. Como hemos dicho, no existen hechos que aconsejen la modificación de medidas, estimándose correcto y conforme a derecho y a las circunstancias concurrentes el sistema de régimen de visitas los fines de semana alternos de viernes a la salida del centro escolar al lunes siguiente, las dos tardes entre semana establecidas vacaciones de Semana Santa y Navidad por mitad y vacaciones de verano por quincenas. Desde las malas relaciones de los padres, las buenas del menor con su madre y abuelos maternos, no nos parece conveniente en absoluto, al no beneficiar al menor en nada lo que se pretende. Y, por supuesto la guarda y custodia compartida y, descabellado el establecimiento de los padres para habitar en la misma vivienda".

En el Fundamento de Derecho tercero, en esencia, considera la sala de apelación que no se ha producido ni acreditado cambio "sustancial" o importante de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento en que se establecieron las medidas definitivas por acuerdo entre las partes.

3. Recurso de casación.

El primero, por infracción del art. 92.5 , 6 , 7 y 8 CC , por infracción del principio del favor fili conforme a los hechos probados, y fijar un régimen muy amplio de visitas al padre, e infracción respecto de los criterios para acordar la custodia compartida, y especialmente el relativo a la entidad de las malas relaciones entre los progenitores. Cita como infringida la doctrina contenida en SSTS núm. 576/2014, de 22 de octubre , de 29 de abrf; de 25 de abril , 20 y 11 de marzo y 8 de octubre de 2010 , 10 de enero de 2012 , 19 de julio de 2013 . Explica, que en el caso concurren los requisitos para acordar dicho régimen, como así se acordó en primera instancia, con informe favorable del equipo psicosocial y del Ministerio Fiscal.

El segundo por infracción del art. 90 y 91 CC , en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y art. 39 CE , y arts. 2 y 11 LOPJM, que consagran el interés del menor como principio básico, por encima de cualquier requisito formal o procesal. Cita infracción de la jurisprudencia de la Sala Primera, contenida en SSTS de 13 de abrl de 2016 , 12 de diciembre de 2013 y 20 de abrl de 1987 , pues se prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas, con base al principio del interés el menor.

SEGUNDO .-

Motivos primero y segundo.

1.- Motivo primero.- Se formula al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la LEC de 2000 , en relación al 477.3 por infracción del art. 92.5 , 6 , 7 y 8 CC , en relación con el art. 3.1 de la Convención del as Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, el art. 39, el art. 2 y 11.2 a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , oponiéndose 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 por ambos progenitores, aplicando por tanto incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados; y ello infringiendo y desconociendo la doctrina de esta sala contenida muy especialmente, por la amplitud del régimen de estancias concedido al padre en la STS 495/2013, de 19 de julio , 194/2016, de 29 de marzo , 257/2013, de 29 de abril , 759/2011 de 2 de noviembre , 614/2009, de 28 de septiembre ; 10 marzo , 11 marzo y 8 de octubre 2010 y 10 de enero de 2012 ; 22/2018, de 17 de enero , 433/2016 de 27 de junio , 614/2009, de 28 de septiembre ; STS 4861/2010 (Rcj), número de recurso 681/2009, de 1 de octubre ; 257/2013, de 29 de abrf; número de resolución 576/2014, de 22 de octubre; 25 de abril de 2014, 25 de noviembre de 2013; 29 de noviembre de 2013, 17 de diciembre de 2013; 6 de febrero de 2015, 9 de septiembre de 2015, 14 de octubre de 2015, 22/2018 de 17 de enero; y STS de 29 de marzo de 2016 , sentencia 194/2016 , en los requisitos necesarios para acordar la custodia compartida y muy especialmente el relativo a la entidad de las malas relaciones entre los progenitores.

2.- Motivo segundo.- Se formula al amparo de lo establecido en el art. 477.2.31 de la LEC de 2000 , en relación a 477.3 por infracción de los artículos 90 y 91 CC , en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre e 1989, el artículo 39, el artículo 2 y 11.2 a) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , oponiéndose a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menos 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 ello infringiendo y desconociendo la doctrina de esta sala contenida muy especialmente en la Sentencia nº 251/2016 de TS, Sala 1.ª, de lo Civil, 13 de abril de 2016 ; STS 761/2013, de 12 de diciembre de 2013 y STS de 20 de abril de 1987 .

Se estiman los motivos.

TERCERO .-

Modificación de circunstancias.

Como esta sala ha declarado en sentencia 31/2019 de 19 de diciembre , que cita las de 12 y 13 de abrl 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 (artº 91 del C.Civil).

En el presente caso, dado que el menor contaba con meses cuando los progenitores rompieron su convivencia, que en la actualidad tiene siete años y que en anterior procedimiento ya se anunciaba la posibilidad de un cambio en el sistema de custodia, debemos concluir que se aprecia un cambio cierto y sustancial de las circunstancias concurrentes, como para posibilitar un cambio de custodia en interés del menor, unido ello al informe psicosocial favorable.

En este sentido, se ha de casar la sentencia recurrida al no tener en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre cambio de medidas.

CUARTO .-

Custodia compartida.

Sobre el sistema de custodia compartida esta Sala ha declarado:

"La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CCdebe 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 concurran alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abrl 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 concurran 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 abrl 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 aquél". 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, se aparta de la doctrina mencionada, sustentando su postura en datos inconsistentes, imprecisos e incompletos, limitándose a mencionar las bondades del mantenimiento del sistema de custodia sin contrastarlo con las posibilidades del solicitado, que aconsejaba el informe psicosocial.

QUINTO .-

En cuanto a que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma, es un sistema que impugna la parte recurrida y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (artº 96 del C.Civil).

A la vista de ello, estimando el recurso de casación y asumiendo la instancia, se casa la sentencia recurrida y se confirma la sentencia de 27 de junio de 2017 (Proc. 463/2015) del JPI nº 2 de DIRECCION000 , excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el periodo respectivamente atribuido.

En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien.

SEXTO .-

No procede imposición de las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Fermín , representado por la procuradora Dña. Esmeralda González García del Río contra sentencia de 25 de mayo de 2018 de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada en el rollo de Apelación 661/2017 .

2.º- Casar la resolución recurrida, confirmando la sentencia de 27 de junio de 2017 (procedimiento ordinario 463/2015) del Juzgado de primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 , excepto en lo relativo a la residencia del menor, que habrá de ser en el domicilio de cada uno de los progenitores, en el periodo respectivamente atribuido.

3.º- En cuanto al destino de la vivienda familiar será el que las partes le den, de acuerdo con la naturaleza del bien.

4.º- No procede imposición de las costas del recurso de casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.