



Roj: **STS 3327/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3327**

Id Cendoj: **28079110012017100486**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **2831/2016**

Nº de Resolución: **519/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 25 de abril de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 632/2015, de la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante de autos de juicio ordinario núm. 2831/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION000; recurso interpuesto ante la citada audiencia por Dña. Juana, representada por el procurador D. Manuel Martínez Rico, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Peral Gómez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Julián Caballero Aguado en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Juan Ignacio, representado por la procuradora Dña. Francisca Orts Mogica, bajo la dirección letrada de D. Carlos Arellano Ferrer y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Juan Ignacio, representado por la procuradora Dña. Amelia Beltrán Ferrer y asistido del letrado D. Carlos Arellano Ferrer, interpuso demanda de juicio de modificación de medidas definitivas de divorcio de mutuo acuerdo contra Dña. Juana y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«En la que se acuerde A) la modificación de medidas adoptadas en la sentencia de divorcio de abril de 2009 por cambio de circunstancias sustanciales y modificar la custodia de la hija Tomasa que la mantenía la madre exclusivamente, dictándose nueva medida judicial que contemple que: a partir de este momento se atribuya conjuntamente la guarda y custodia de la hija menor habida en matrimonio llamada Tomasa entre ambos progenitores, en beneficio de esta, desarrollándose de la siguiente manera:

»1.º) La menor pasará cada quince días con cada progenitor, debiendo trasladarse al domicilio del progenitor al que le corresponda. Con distribución igualmente de los períodos vacacionales como hasta la fecha por mitad. 2.º) En cuanto al régimen de pensión de alimentos, se establezca que cada progenitor abonará los gastos que produzcan en la vida ordinaria de los menores durante el período que pasen con el mismo. Todos los gastos extraordinarios continuarán, como a la fecha por mitad, solo que requerirán el consentimiento expreso del otro progenitor, y antes de efectuarse gasto alguno, a no ser que estos sean de carácter urgente, y si no hubiere acuerdo se someterán a arbitrio judicial. 3.º) Modificándose.

»Es justicia que pido...».

2.- Admitida la demanda y emplazada la parte demandada y el Ministerio Fiscal, el fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables, interesando del juzgado que en su día:

«Dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas».



3.- La demandada Dña. Juana contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Manuel Martínez Rico y bajo la dirección letrada de D. José Antonio Peral Gómez, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestimando la demanda y estimando las pretensiones de esta parte, acuerde la modificación de medidas en los siguientes términos: que se dejen sin efecto las medidas acordadas en sentencia de divorcio y contenidas en la cláusula tercera del convenio, en concreto los apartados 1 a 5, ambos inclusive, y en su lugar se acuerde, previo informe psicológico, y en interés de la menor, un régimen de visitas de la menor con el padre de forma paulatina, iniciándose con los días entre semana, para posteriormente pasar a los fines de semana y así sucesivamente hasta recuperar la situación actual de convivencia, con informes periódicos sobre la evolución de la relación padre-hija a los fines de la regularización total, acordándose tanto la entrega de la menor como la recogida en el punto de encuentro familiar o dependencias análogas, al objeto de evitar la presencia de los padres e hija en dicho momento, y ello con expresa imposición de costas al actor de su demanda».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION000 se dictó sentencia, con fecha 5 de marzo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando la demanda presentada por el procurador Dña. Amelia Beltrán Ferrer en nombre y representación de D. Juan Ignacio contra Dña. Juana y en consecuencia estimo la petición de modificación de medidas establecidas en su día en sentencia de divorcio, autos núm. 256/2009, y en concreto, en relación al régimen de custodia estableciéndose un régimen de custodia compartida consistente en períodos alternos semanales debiendo producirse el cambio los domingos a las 20 horas y reconociéndose un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio en cada momento coincidente con los lunes y miércoles desde la salida del colegio o actividades extraescolares hasta las 20 horas, dejando igual las estancias en vacaciones y suspendiéndose en esos períodos vacacionales las visitas intersemanales.

»Se desestiman la pretensión de Dña. Juana relativa a la modificación del régimen de visitas.

»No se realiza expresa condena en costas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia, con fecha 25 de abril de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Manuel Martínez Rico, en nombre y representación de Dña. Juana, contra la sentencia dictada en fecha 5 de marzo de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de DIRECCION000, en los autos de juicio núm. 2836/11, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la citada resolución y todo ello sin expresa condena al pago de las costas de esta alzada».

Y por la misma sección se dictó auto de aclaración en fecha 7 de junio de 2016, cuya parte dispositiva señala:

«La Sala acuerda: Aclarar la sentencia de fecha 25 de abril de 2016 en el sentido de rectificar el antecedente de hecho segundo de la citada sentencia suprimiendo la expresión "dentro de cuyo término no presentaron escrito de oposición al recurso".

»Se mantiene el resto del texto de la sentencia de 25 de abril de 2016 en sus propios términos y sin rectificación alguna».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Juana se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

Motivo único.- Se interpone al amparo del art. 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del art. 92 del Código Civil en relación con el principio de interés superior del menor definido en la Ley Orgánica 8/2015, al modificar el art. 2 de la Ley de Protección del Menor, por aplicación incorrecta de dicho principio, e infracción de la jurisprudencia de esta sala en sus sentencias 172/2016, de 17 de marzo, 263/2016, de 20 de abril y 346/2016, de 24 de mayo, en lo referente al superior interés del menor como divisa para resolver el régimen de custodia de los menores.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 10 de mayo de 2017, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que, en su caso, formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.



2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al fiscal, tras las alegaciones pertinentes, solicitó la desestimación del recurso y la procuradora Dña. Francisca Orts Mogica, en nombre y representación de D. Juan Ignacio , presentó escrito de oposición al mismo.

3.- Habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para la misma el día 19 de septiembre de 2017, en que tuvo lugar con la comparecencia del demandante, demandado y fiscal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Se propone a la sala la decisión de este recurso en el que se acordó la custodia compartida, tras el examen de la correcta verificación, en su caso, del principio del interés del menor, teniendo en cuenta el razonamiento de la sentencia de la Audiencia que se transcribirá y las circunstancias del caso en las que se plantea una total desavenencia de la menor (nacida el NUM000 de 2004) y su padre con los consiguientes problemas que está generando la adopción del sistema de custodia compartida según el escrito de interposición.

1.- Planteamiento de la sentencia recurrida.

Estos son los razonamientos de la sentencia que le sirvieron para adoptar este sistema de custodia:

«[...] Todas estas circunstancias que justifican la modificación del sistema de custodia establecido en la sentencia de divorcio se dan en este proceso. Por un lado la sentencia de divorcio es de 14 de abril de 2009 muy anterior al cambio de criterio jurisprudencial operado por el Tribunal Supremo. Es cierto que en dichas fechas ya se reconocía en el artículo 92 del Código Civil esta posibilidad y que incluso fue solicitada por la parte apelada, pero lo que también es indudable es que en dichas fechas el criterio jurisprudencial era mucho más restrictivo en la estimación de este régimen de convivencia que en el momento actual y además contaba con la inconstitucional limitación de la necesidad de informe favorable del fiscal que todavía restringía más la posibilidad de establecimiento de un régimen de custodia compartida en el ámbito del derecho común. Por tanto, sí ha existido un cambio de orientación jurisprudencial que, por sí solo, es suficiente para entender una variación de las circunstancias tomadas en cuenta a la hora de establecer el régimen en la sentencia de divorcio. El hecho de ser una decisión de mutuo acuerdo no altera este cambio, pues es evidente que ambas partes, a través de sus respectivos letrados, serían plenamente conscientes de la dificultad de la fijación de este régimen y por ello se aquietaron a un régimen de custodia monoparental con un amplio régimen de visitas.

»En segundo lugar la menor, que en 2009 tenía cuatro años a la fecha de la sentencia de divorcio, ha ido creciendo hasta estar a punto de cumplir los doce años de edad. La corta edad inicial de la menor en la fecha de la sentencia de divorcio es indudable que también pudo influir a la hora de adoptar la custodia a favor de la madre, y esta circunstancia ha variado. A mayor edad, mayor debe ser el contacto con ambos progenitores por tratarse de los momentos decisivos en los que el menor va forjando su personalidad y por ello debería de contar con el apoyo y consejo de ambos progenitores. Es cierto que en este caso nos encontramos ante una situación peculiar dada la voluntad de la menor, expresada en la exploración practicada ante este tribunal e igualmente reflejada en los informes del punto de encuentro familiar de DIRECCION000 unidos a las actuaciones, de no tener relación alguna con su padre. Ahora bien, siendo esta voluntad uno de los elementos a valorar, resulta evidente que no es posible que una menor de doce años, por mucha madurez e inteligencia que pueda tener, decida sobre un aspecto tan importante en su vida como es el desarrollo de sus relaciones con su padre hasta el punto de excluir todo tipo de relación paterno filial sin expresar una causa razonable que así lo justifique. De la exploración de la menor este tribunal pudo apreciar esta voluntad contraria a relacionarse con el Sr. Patricio , pero también se pudo observar que no existen motivos concretos que puedan justificar tal decisión pues las explicaciones dadas no se basaban en hechos consistentes sino en afirmaciones genéricas y poco concretas que tampoco eran indicativas de una gravedad extrema que pudiese justificar ante este tribunal que la menor se vería perjudicada si mantiene contacto con su padre de forma continuada. Además la perito judicial en su informe y en la ratificación llevada a cabo en el acto de la vista celebrada en esta alzada puso de manifiesto su opinión de la influencia de la madre sobre las opiniones de la menor sobre el padre, lo que justifica en mayor grado la necesidad de que dicho contacto se haga más constante a los efectos de que la menor, cuyo grado de madurez no ofrece duda, pueda compartir más tiempo con su padre como medio de contrarrestar tal influencia destacada por la perito Sra. Susana en su declaración ante este tribunal.

»Mantener la situación de custodia compartida acordada en la sentencia apelada permite cumplir con los beneficios indudables como recuerda la STS de 17 de marzo de 2016 : "Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013 ; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015 , entre otras: a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia; b) Se evita el sentimiento de pérdida; c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores; d) Se estimula la



cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia. Así lo viene reiterando la Sala en sentencias, entre otras, de 4 febrero 2016 y 11 de febrero de 2016 , por citar las más recientes. Por tanto, cuestionar la bondad objetiva del sistema no tiene sentido tras la constante y uniforme doctrina de la sala".

»En definitiva, existe un cambio de circunstancias que aconseja mantener el régimen de custodia compartida acordado en la sentencia apelada, y ello aun siendo conscientes de la dificultad de su aplicación práctica ante la conducta de la menor. En todo caso será el órgano judicial de instancia el que deberá de adoptar, en ejecución de sentencia, las medidas necesarias para garantizar la ejecución del pronunciamiento de custodia compartida [...]».

2.- Planteamiento del recurso.

El recurso de casación se articula en un motivo único en el que se denuncia la infracción del artículo 92 CC , en relación con el principio del interés del menor y la jurisprudencia de esta sala sobre el interés superior del menor como criterio para resolver el régimen de custodia. En su desarrollo y en esencia se argumenta que la sentencia no ha tomado en consideración este criterio en la resolución del sistema de guarda y ha obviado las relaciones conflictivas que existen entre el padre y la menor que están provocando una imposibilidad de la ejecución del sistema impuesto. En este aspecto, alega que la audiencia practicada a la menor ya evidenció esta situación.

Alega que el propio juzgado por auto de 15 de octubre de 2015 suspendió el sistema de custodia compartida, previamente acordado en sentencia de 5 de marzo de 2014, sin perjuicio de lo que acordara la Audiencia en virtud del recurso de apelación que ya estaba interpuesto y no resuelto en aquella fecha.

3.- Informe del Ministerio Fiscal ante esta sala.

El fiscal informó:

«Todas estas razones sólo nos pueden llevar a afirmar que, se comparta o no el rumbo de la decisión en el cambio de medidas, ésta es razonada, razonable y no es contraria a la doctrina de la Sala Primera del TS, además, que es lo realmente importante, no es contraria, sino favorable, a los intereses de la menor».

SEGUNDO .- *Motivo único.*

Motivo único.- Se interpone al amparo del art. 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del art. 92 del Código Civil en relación con el principio de interés superior del menor definido en la Ley Orgánica 8/2015, al modificar el art. 2 de la Ley de Protección del Menor , por aplicación incorrecta de dicho principio, e infracción de la jurisprudencia de esta sala en sus sentencias 172/2016, de 17 de marzo , 263/2016, de 20 de abril y 346/2016, de 24 de mayo , en lo referente al superior interés del menor como divisa para resolver el régimen de custodia de los menores.

TERCERO .- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

Analizado el motivo del recurso debemos determinar si en la sentencia recurrida se ha protegido el interés de la menor.

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara».

En la sentencia recurrida se expresan con claridad las razones que provocan la confirmación de la sentencia recurrida en apelación en la que se acordaba el sistema de custodia compartida de la menor.

Todo ello se hace con base a informes psicológicos, incluido el de una pericial judicial. También la Audiencia Provincial ha respetado la posibilidad de la menor de expresarse, dado que la misma fue explorada por el tribunal de apelación.

También se argumenta en la sentencia sobre la oposición de la menor al sistema adoptado, todo ello, valorando la influencia que la opinión de la madre tiene sobre la menor, tal y como informó la perito judicial, lo que justifica la necesidad de un contacto mayor con el padre.



Consta que el sistema de custodia compartida fue suspendido por el juzgado, con acuerdo de las partes, por la radical oposición de la menor, sin perjuicio de que los progenitores se comprometieron a un proceso de terapia familiar, para facilitar la situación.

En la sentencia recurrida se invocan y respetan las sentencias de esta sala de 29 de abril de 2013 y 12 de abril de 2016, que establecen los criterios a seguir para la adopción de la custodia compartida, por lo que el recurso carece de interés casacional, dado que se ha respetado de forma rigurosa el interés de la menor, siendo los progenitores los que han de velar por no influir negativamente en las opiniones de su hija, permitiéndole un armónico desarrollo de su personalidad, evitando las dependencias afectivas insanas y las manifestaciones verbales injuriosas contra el otro progenitor o su familia.

Por lo expuesto, procede confirmar la sentencia recurrida y como se declara en la misma, en ejecución de sentencia se determinarán las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de lo acordado, evitando que se siga dilatando la relación efectiva de la hija con su padre y velando por el seguimiento periódico de la evolución de la menor.

CUARTO .- *Costas y depósito.*

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

Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso interpuesto por Dña. Juana, contra sentencia de fecha 25 de abril de 2016, dictada en apelación núm. 632/2015, de la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante. **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. **3.º**- Procede imposición en 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.