



Roj: **ATS 4570/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4570A**

Id Cendoj: **28079110012021202075**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/04/2021**

Nº de Recurso: **4783/2020**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Fecha del auto: 14/04/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4783/2020

Fallo/Acuerdo:

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCIÓN N. 1 DE CÓRDOBA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: SJB/MJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 4783/2020

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Auto núm. /

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 14 de abril de 2021.

Esta sala ha visto

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

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La representación procesal de doña Macarena presentó escrito de interposición de recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 4 de mayo de 2020, por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 687/2019, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 616/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba.

SEGUNDO.- Mediante diligencia de ordenación se tuvieron por interpuestos ambos recursos y se acordó la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes y al Ministerio Fiscal.

TERCERO.- El procurador Sr. Martín Márquez fue designado por el ICPM en nombre y representación de la parte recurrente. La procuradora Sra. Esteo Domínguez se ha personado en representación de la parte recurrida. El Ministerio Fiscal es parte interviniente.

CUARTO.- Por la parte recurrente no se han efectuado los depósitos para recurrir exigidos por la disposición adicional 15.ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

QUINTO.- Por providencia de fecha 20 de enero de 2021, se pusieron de manifiesto las posibles causas de inadmisión de los recursos a las partes personadas, así como al Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Ninguna de las partes personadas ha efectuado alegaciones en relación con las posibles causas de inadmisión puestas de manifiesto. El Ministerio Fiscal en informe de 5 de marzo de 2021, muestran su conformidad con las mismas, interesando la inadmisión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la parte recurrente se formalizó recurso de casación contra una sentencia dictada, en un juicio de modificación de medidas, con tramitación ordenada por razón de la materia, en el Libro IV, LEC, recurrible en casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, que exige acreditar debidamente el interés casacional.

SEGUNDO.- Brevemente los antecedentes son los siguientes: se presentó demanda de modificación de medidas por el ahora recurrido, respecto de las adoptadas en sentencia de divorcio de fecha 21 de marzo de 2012, la cual estableció por acuerdo de las partes, entre otras medidas, un régimen de custodia materna respecto del menor nacida en 2010, y por entonces de dos años, y demás medidas inherentes. El actor -el padre- en lo que al presente interesa, solicitó la custodia compartida, en base, en esencia, al cambio sustancial producido, y nacimiento de una hermana de padre. La demandada se opuso a dicha modificación. En primera instancia se desestimó la solicitud de custodia compartida; se atiende a que de las pruebas practicadas no resulta un cambio sustancial, y en que la menor se encuentra integrada y adaptada a su situación. Recurrida en apelación por el actor, y por lo que al presente interesa, la Audiencia Provincial revocó la apelada, y acordó la custodia compartida, explicando que lo hace en interés del menor. Considera que el interés superior del menor se protege mejor con la custodia compartida. Razona que conforme a la doctrina de la sala del TS, este tipo de custodia debe adoptarse si el interés del menor lo aconseja, lo que dice acontecer en el presente caso, pues permitirá potenciar la relación del menor con el padre en igualdad con la progenitora y permitirá una mayor relación con su hermana de padre, sin que se cuestione la idoneidad de ambos progenitores ni se haya puesto de manifiesto, circunstancias negativas que desaconsejen su adopción, y así explica además que no es argumento para negar el cambio, la adaptación del menor a la situación actual, que la distancia del domicilio del padre con el colegio del menor y barrio donde se encuentran sus amigos, tampoco es óbice, pues es mínima, ya que ambos progenitores residen en distintos barrios de Córdoba; que el horario laboral del padre tampoco es obstáculo, pues aporta plan de parentalidad en que destaca el apoyo de su actual pareja para ayudar en momentos puntuales, aportando además certificado del ejército, donde consta la posibilidad de acogerse a medidas de conciliación familiar; por último destaca que no se ha evidenciado que los conflictos existentes entre los progenitores trasciendan al menor. En relación al uso de la vivienda, propiedad de ambos -cuyo uso se atribuyó en 2012, al hijo y progenitor custodio- resuelve atendiendo a los ingresos de ambos, y a las dificultades de acceso a otra vivienda por parte de la madre, que se atribuye a esta el uso, durante dos años, a fin de que su situación económica mejore, por poder acceder a otra vivienda y liquidar la sociedad de gananciales, y transcurridos dos años, se atribuye el uso alternativo anual hasta que el menor cumpla la mayoría de edad, comenzando el turno el padre.

TERCERO.- Se interpone recurso de casación, al amparo del art. 477.2.3.º LEC y lo articula en un único motivo; alega la infracción de los arts. 90.3, 92. 6 y 8 CC y del principio del interés superior del menor, en cuanto a los requisitos para acceder a custodia compartida, así como de la doctrina jurisprudencial contenida en SSTS 579/2011 de 22 de julio y 578/2011 de 21 de julio, la de 25 de abril de 2018. Considera que fue el juez de primera instancia, a través de la intermediación, quién valoró correctamente la prueba, al mantener la custodia



materna. Reitera que no se ha producido un cambio que determine acoger la custodia compartida, ni la va a redundar el cambio en beneficio del menor. Por último alega que en relación a la vivienda común, la audiencia no repara en los documentos 22 y 23, documentos privados, donde se le atribuye el usufructo, lo que debe sancionarse judicialmente, al ser un documento válido y eficaz sin que fuera impugnado.

Utilizado en el escrito el cauce del interés casacional, dicha vía casacional es la adecuada habida cuenta que el procedimiento se sustanció por razón de la materia.

CUARTO.- El recurso de casación interpuesto ha de ser inadmitido, al incurrir en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento, art. 483.2.4.º LEC, al pretender una imposible tercera instancia, y haber resuelto la sentencia recurrida en atención al interés del menor, y no atender a la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, y ello respecto de la custodia como de la atribución del uso de la vivienda familiar, planteando en este último caso, de forma inadecuada, una cuestión puramente probatoria y por tanto procesal.

Y así respecto de la custodia de los menores, la STS 393/2017, de 21 de junio ha declarado que:

"Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (sentencias 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio. 641/2011, de 27 septiembre, 431/2016, de 27 de junio, entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés del hijo, sino todo lo contrario, conforme a las circunstancias concurrentes examinadas".

Y en STS núm. 280/2017, de 9 de mayo, se declaró: "Ciertamente que, a partir de la sentencia 257/2013, de 29 de abril, se ha reiterado que la redacción del art. 92.8 CC no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional sino que, por el contrario, ha de considerarse normal e incluso deseable porque permite que sea efectivo el derecho de los hijos a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que sea posible y en cuanto lo sea. Pero la misma sala ha recordado que la interpretación del art. 92.5, 6, 7 y 8 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se adopte. Y ello, con las garantías que se establecen en el propio art. 92 CC para proteger dicho interés (sentencia 54/2011, de 11 de febrero). De tal modo que la manifestación general a favor de establecer el régimen de custodia compartida no implica que siempre deba adoptarse tal régimen, pues es preciso atender al caso concreto (entre otras, sentencia 748/2016 de 21 diciembre)".

La STS 283/2016 de 3 de mayo de 2016, dispone:

"4.- La Sala (STS de 16 de marzo de 2016) admite 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 que el interés de éstos la requieran.

Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, Rc. 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, Rc. 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.

5.- Es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, Rc. 1359/2013, a que hace mención la de 17 de julio de 2015, Rc. 1712/2014, afirma que "Esta Sala debe declarar que la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad". Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se esté régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

CUARTO.- *Decisión de la Sala.*

A partir de las anteriores consideraciones se alcanzan las siguientes conclusiones:



1.- La sentencia recurrida contradice la doctrina de la Sala que se ha expuesto, al negar relevancia al cambio de circunstancias alegadas por el recurrente, por entender que no tienen entidad suficiente para justificar la modificación del régimen de guarda y custodia de los hijos.

Se ha de tener en cuenta que los hijos tienen, al solicitarse la modificación de la medida, 4 y 7 años respectivamente, esto es, dos más que cuando se dictó la sentencia de divorcio el 18 de febrero de 2011, así como que el régimen acordado en ésta se flexibilizó por auto de la Audiencia Provincial de 10 de enero de 2012. Asimismo se ha de tener en cuenta que al tiempo de dictarse la sentencia de divorcio el régimen de guarda y custodia compartida era un régimen ciertamente incierto, como ha demostrado la evolución de la doctrina de esta Sala y de la propia sociedad, e incluso la doctrina del TC sobre el artículo 92.8 CC (STC de 17 de octubre 2012). Lo expuesto explica otra de las objeciones de la sentencia recurrida, cual es, la de no comprender que si el régimen que ahora se postula era el idóneo, no lo propugnara el padre en la litis del divorcio, en la que solicitó la atribución para sí de la guarda y custodia de los menores. Tales circunstancias justifican suficientemente que pueda pretenderse, al tiempo en que se interesa, una modificación del régimen de guarda y custodia de los hijos, por entenderse que el escenario contemplado en su día se ha modificado de forma relevante.

2.- Consecuencia de lo anterior es que se haya de decidir si el régimen de guarda y custodia compartida que solicita el recurrente, y que, como afirma la sentencia recurrida, no es el que en principio propugnaba, cubre el interés de los hijos.

3.- Si se atiende a las necesidades intersemanales de los menores, tanto personales como escolares, en función de la edad actual de los mismos, el régimen propuesto de pernocta de dos días intersemanales con el padre, no es el más propicio para un régimen de guarda y custodia compartida, por compadecerse más con un régimen monoparental con amplitud de comunicación y visitas para el custodio.

Si se acude al régimen de guarda y custodia compartida ha de ser para que los menores tengan estabilidad alternativa con ambos progenitores, sin verse sujetos a situaciones incómodas en sus actividades escolares, extraescolares o personales, durante la semana.

En atención a lo razonado el motivo no puede prosperar, en el buen entendimiento de que no se niega el régimen de custodia compartida por ser *per se* desfavorable para el interés de los menores, sino por no ser favorable para los mismos el plan propuesto y el modo de articular aquella".

Como se dijo, la audiencia, en atención a las circunstancias concurrentes, resuelve en interés del menor, y considera que del resultado de la prueba llevada a cabo, resulta que se ha producido una alteración de las circunstancias que faculta un cambio en la custodia, pasando de la materna a la compartida, resolviendo en beneficio del menor. En definitiva, la sentencia recurrida en casación no se aparta de la doctrina de la sala, sino que la aplica.

De igual forma y en relación al uso de la vivienda familiar, cuestión planteada de forma inadecuada, dicho uso se atribuye al hijo menor y progenitor custodio, durante dos años, y transcurrido dicho plazo, dispone un uso alternativo anual.

En relación a esta cuestión, la STS 7/2018 de 10 de enero, dispone:

"[...]Como declara la sentencia 294/2017, de 12 de mayo:

"La reciente sentencia de 23 de enero de 2017 recoge la doctrina de la sala sobre la materia con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril, que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores.

"En todas ellas se hace ver que no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar (STS de 24 de octubre de 2014) para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí ha llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).

"Se afirma que "La sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los



progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única...)"

Como se dijo, la audiencia, en atención a las circunstancias expuestas ut supra, fundamenta la atribución del uso a la madre y al hijo menor durante dos años, y transcurrido dicho plazo, establece un uso alternativo anual, sin que se infrinja la doctrina de la sala.

En consecuencia, la sentencia recurrida no se opone a la jurisprudencia citada como infringida, debiendo recordarse que el interés casacional consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina jurisprudencial invocada (lo que constituye presupuesto del recurso), por lo que es obvio que ese conflicto debe realmente existir y ser acreditado por la parte. En el presente caso el interés casacional representado por dicha contradicción con la jurisprudencia no se refiere al modo en que fue resuelta la cuestión en función de los elementos fácticos, así como de las valoraciones jurídicas realizadas en la sentencia a partir de tales elementos, sino que se proyecta hacia un supuesto distinto al contemplado en ella, desentendiéndose del resultado de hecho y de las consecuencias jurídicas derivadas de los mismos.

QUINTO.- Consecuentemente procede declarar inadmisibles el recurso de casación y firme la sentencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 483.4 LEC, dejando sentado al artículo 483.5 de la misma ley, que contra este auto no cabe recurso alguno.

SEXTO.- Abierto el trámite de puesta de manifiesto contemplado en el artículo 483.3 LEC, y no habiendo formulado alegaciones la parte recurrida personada, no procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de doña Macarena contra la sentencia dictada, con fecha 4 de mayo de 2020, por la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 687/2019, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 616/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba.

2º) Declarar firme dicha sentencia.

3º) Y remitir las actuaciones, junto con testimonio de esta resolución al órgano de procedencia, llevándose a cabo la notificación de la presente resolución por este Tribunal a las partes recurrente y recurrida comparecidas ante esta sala y al Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.