

Convenio sobre guarda y custodia monoparental y su posterior modificación

Comentario a la [STS de 26 de febrero de 2019](#)

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

La redacción del artículo 92 del Código Civil no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional, 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 sea posible. El transcurso del tiempo y la adaptación del menor a la custodia monoparental no puede servir de argumento para negar su transformación en custodia compartida. No se puede recurrir a la adaptación de los menores, con uno u otro progenitor, como argumento en contra de la compartida por el tiempo transcurrido, eso es, petrificar situaciones que no benefician el interés de los menores. Además, la palabra «sustancial» del artículo 777 de la LEC, interpretada para la modificación de unas medidas, debe entenderse según hayan variado o no las necesidades del menor y sea cierto.

Palabras clave: derecho de familia; convenio de guarda y custodia monoparental; modificación de medidas; custodia compartida.

Fecha de entrada: 13-02-2020 / Fecha de aceptación: 26-02-2020

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 29 de febrero de 2020).

El tema que se va a tratar, el comentario de la sentencia, se centra en un asunto de interés en el ámbito del derecho de familia: el transcurso del tiempo como circunstancia válida para la modificación de unas medidas –incluso acordadas de mutuo acuerdo– en la sentencia original de divorcio del Juzgado de Instancia núm. 25 de Madrid de 7 de julio de 2010. El juzgado sí acuerda, en primera instancia, la modificación por sentencia de 31 de enero de 2017, pero la Audiencia, posteriormente, no. Téngase en cuenta que estamos refiriéndonos a un lapso de tiempo importante desde que se dicta la primera sentencia hasta la segunda. Se alega la ampliación voluntaria de las visitas del padre con su hijo y las pernoctas, la cercanía de los domicilios; en definitiva, hay entendimiento entre los progenitores, y la resultancia de este entendimiento es, en la práctica, que se acceda al cambio pensando en el interés del menor.

Al fin y al cabo, el artículo 92 del Código Civil alude a la idoneidad para el ejercicio conjunto de la guarda y custodia. El tiempo, por tanto, puede o no ser considerado como un dato esencial, por la sencilla razón de que nada permanece inalterable: lo previsto años atrás no puede considerarse, por la misma razón, inmutable automáticamente. En esto, como en todo, la jurisprudencia evoluciona. De ahí que no debemos entender la modificación de medidas por el mero transcurrir del tiempo como un elemento buscado a propósito, sin vocación de perdurabilidad. Así por ejemplo la STS (entre otras) de 27 de junio de 2011 señala:

- a) Que los cambios se hayan producido con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar. Es evidente que, en nuestro caso, las fechas ya delatan una modificación de la situación fáctica establecida o constatada en la primera sentencia.

b) Que dicha modificación o alteración sea sustancial, esto es, que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas, que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas. Bien interpretado, tampoco puede decirse que no afecten al núcleo de la medida, pues se trata de convertir una guarda y custodia exclusiva de la madre en compartida entre los progenitores.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádico. Tampoco resulta asintomático e impropio decir que la vocación de una petición de guarda y custodia compartidas, solicitadas por el padre, tiene vocación de perdurabilidad; o si se entiende el cambio desde la perspectiva del progenitor masculino, el cual, seis años después, tiene una realidad distinta. Analizado el tiempo transcurrido, pueden encontrarse argumentos en los que sostener la modificación pedida.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas. Lo mismo, el cambio obedece, o puede obedecer, a una nueva realidad del padre en su relación con el hijo, diferente tiempo atrás, por lo que no se puede decir que la petición actual de custodia compartida tenga su causa en el capricho buscado a propósito.

Al hacer el comentario anterior, somos conscientes de que hay un cambio de enfoque o de perspectiva en la interpretación de esa jurisprudencia, pues se parte más de la nueva situación que de la actitud del progenitor masculino que ahora reclama la custodia compartida. Al fin y al cabo, el precepto (art. 775) dice: «hayan variado sustancialmente» las circunstancias, y el tiempo las puede hacer variar ineludiblemente, así como las necesidades probadas del menor. En cualquier caso, no nos parece un despropósito enfocarlo de esta manera, porque cambios ha habido desde que se dictó la sentencia original, de la que trae causa la custodia exclusiva de la madre; y sin perjuicio de que el estudio de la sentencia del Tribunal Supremo se centre, más adelante, en las razones que estima el alto tribunal para casar la resolución de la Audiencia Provincial, la cual, a su vez, revoca la de primera instancia y considera que no ha habido alteración alguna de circunstancias, infringiendo claramente la doctrina –como luego se verá–.

De otro lado, tampoco se puede decir que no haya un cambio sustancial en el sentido que predica el artículo 775 de la LEC, habida cuenta la doctrina sobre este precepto, porque «las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio sustancial, pero sí cierto» (STS 346/2016, de 24 de mayo). El precepto dice así:

1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas

en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

Lo sustancial es que desde 2010, fecha de la primera sentencia, hasta 2017, la segunda, las necesidades han cambiado y se han probado, como también resulta acreditado, que ahora el hijo pasa más tiempo con el padre que antes, de lo cual no se deduce inconveniente alguno. Y si las capacidades de ambos padres son correctas, las habilidades también, entonces nada impide el correcto ejercicio de las responsabilidades parentales en beneficio del hijo común, lo cual debe ser entendido como algo normal, intentando, en la medida de lo posible, establecer un sistema de estancias o comunicaciones entre el hijo y el padre lo más amplio y generoso posible pues, como dice la jurisprudencia, hay que procurar acercarse al sistema más próximo al de antes de la ruptura, sin que la falta de comunicación sea siquiera un impedimento, en tanto que la separación o el divorcio pueden tener su causa precisamente en eso, es decir, que la falta de comunicación en el matrimonio o en la pareja puede ser el antecedente necesario de la falta de comunicación entre ellos, aun existiendo una custodia compartida. Pero ni siquiera es el caso presente, donde la nueva resolución del Supremo se basa en los precedentes probados de una aparente armonía entre las partes, que siempre ha facilitado la comunicación, incluso ampliándola durante los años de desarrollo del sistema pactado en el convenio, pues el mismo fue aprobado por la Sentencia de 7 de octubre de 2010.

Se ha dicho más arriba que la Audiencia Provincial de Madrid, resolviendo el recurso de apelación interpuesto, vuelve a la fórmula primera y acuerda mantener inalterada la vigencia de la sentencia de divorcio de 7 de octubre de 2010. Llama poderosamente la atención que uno de los argumentos utilizados para la revocación sea que el comportamiento correcto de la madre durante los años, que desemboca en la ampliación de las visitas del padre para con el hijo, no debe convertirse en «un castigo al buen hacer y generoso» de ella. Al final, es que «no se ha producido ni acreditado cambio sustancial o importante» en las circunstancias, debiendo acordarse la custodia exclusiva de la madre otra vez. *A sensu contrario*, parece penalizarse al padre, cuyo buen comportamiento le supone la privación de la custodia compartida, para nada desaconsejable, en tanto se deduce que es idónea para el menor.

Y sucede que es el bien del menor lo que ha de primar a la hora de acordar una medida que le afecte, sin que las sentencias se fundamenten en premios o castigos por el comportamiento recíproco. Al fin y al cabo, si la patria potestad se comparte y significa velar por los hijos, tenerlos en su compañía, procurarles una formación integral, alimentarlos, etc. (art. 154 CC), ¿por qué se huye de la custodia en el mismo sentido si es un mero fraccionamiento de las facultades inherentes a esa patria potestad y solo se busca el beneficio del hijo y no el premio o la sanción, y sin que ello pueda ser tenido en cuenta con el resto de los factores? Pero lo que sucede aquí es que la Audiencia se aparta de una doctrina clara, y cuando dicta su sentencia ya existe jurisprudencia nueva sobre qué debe entenderse por

modificación de medidas por el mero transcurso del tiempo y qué debe entenderse por custodia compartida en beneficio del hijo, cuando la realidad es bien distinta desde una sentencia dictada en el año 2010 y otra en el año 2017.

Al hilo de lo anterior, conviene recordar:

- a) Que prima, una vez más, el interés de los hijos (art. 92 del Código Civil y el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), buscando que este tipo de situaciones de ruptura se resuelvan en un marco de adecuada normalidad familiar, y «sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel». La sentencia de 2 de julio de 2014, rec. núm. 1937/2013, nos revela que:

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.

- b) De otro lado, toda decisión debe pasar por –y en esto citamos la STS (Civil), Sección 1.ª, de 16 de enero de 2020, núm. 15/2020, rec. núm. 826/2019–:

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).

Precisamente, por lo apuntado, vamos ahora a centrar el comentario en los motivos que esgrime el Supremo para admitir la casación. Es decir, ¿el tiempo es suficiente para entender que se ha producido un cambio de esas circunstancias? Vaya por adelantado que se infringe la doctrina de la sala porque el tiempo, unido a causas serias y razonables, permite modificar incluso lo acordado en un convenio de mutuo acuerdo.

Además, subyace un criterio favorable a la guarda y custodia compartidas, que se sustenta en la nueva realidad social y en la jurisprudencia que la avala. Por tanto, si, de un lado, es admisible compartir la custodia como se comparte la patria potestad, sin que sea visto como una excepcionalidad, de otro, el tiempo, que todo lo cambia, es determinante, y seis años lo son. Porque la custodia compartida, como se ha dicho, no es excepcional y conviene recordar al respecto que se asienta (STS, Sala 1.ª, de 5 mayo 2016) sobre los siguientes parámetros: los recursos en los que se discute la guarda y custodia solo puede examinarse si el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia recurrida, porque «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS de 27 de abril 2012). El deber de valoración de la prueba y motivación exige una respuesta judicial fundada en Derecho, que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate, de manera que solo una motivación que, por arbitraria, fuese inexistente o extremadamente formal quebrantaría el artículo 24 de la CE (Sentencia de 25 de abril de 2014 y las que cita del tribunal constitucional).

Visto lo anterior, concluimos con el núcleo del recurso de casación estimado por el Supremo. Dice la sentencia al respecto:

Frente a la citada resolución de la Audiencia Provincial de Madrid, por el padre demandante se formula recurso de casación fundado en dos motivos: el primero, por infracción del artículo 90.3 del CC pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera, no resultaría necesario un cambio «sustancial» de las circunstancias, pues la ley prevé las nuevas necesidades de los hijos como fundamento para modificar dichas medidas, con base en el principio del interés del menor. Explica la situación tan distinta existente cuando se pactó el convenio a la actual, pues en aquel momento el menor era un bebé y actualmente cuenta con nueve años, y cita STS de 13 de abril de 2016, 19 de julio de 2013 y 12 de abril de 2016, en cuya virtud se exige el interés del menor; el segundo, por infracción del artículo 92.3 y 91 *in fine* del CC, artículo 775 de la LEC y 14 de la CE, el principio del *favor filii*, el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, artículo 39 de la CE, artículo 2 de la LO 1/1996, cita como infringida

la doctrina contenida en las SSTS de 13 de abril de 2016, 29 de noviembre de 2013 y 26 de junio de 2015.

Pues bien, la STS de 26 de febrero de 2019 nos recuerda que se puede conceder una custodia compartida aun cuando exista un convenio regulador en el cual se haya decidido una exclusiva en favor de uno de los progenitores, «pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo».

La STS de 17 de noviembre de 2015, rec. núm. 1889/2014, así lo decidió cuando contemplaba un caso parecido: «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». Aquí se amplían las visitas, hay entendimiento entre los progenitores, se amplían las pernoctas.

La STS de 26 de junio de 2015, rec. núm. 469/2014, nos recuerda que:

no se puede petrificar la situación de la menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido. Atendiendo a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor se accede a la solicitud de guarda y custodia compartida, modificando lo acordado en su día en el convenio regulador sobre tal medida. (Sentencia 162/2016, de 16 de marzo).

El tiempo, la adaptación del menor, el buen hacer de la madre no impiden que se puedan modificar las medidas incluso acordadas de mutuo acuerdo. Que la Audiencia Provincial utilice esto para considerar que un cambio de guarda y custodia es como sancionar a la madre por su buen comportamiento, infringe la clara doctrina jurisprudencial sobre la materia. No se puede recurrir a la adaptación de los menores con uno u otro progenitor como argumento en contra de la compartida por el tiempo transcurrido. Eso es petrificar situaciones que no benefician el interés de los menores y cosificar una rutina para con uno de ellos que precisamente perjudica la comunidad que debe predicarse de una custodia común deseable, así como contrariar el espíritu de la LOPJM de 8/2015 de 22 de julio, «como ha recordado con reiteración esta sala a partir de la Sentencia 658/2015, de 17 de noviembre».

La crítica del Supremo a la sentencia de la Audiencia Provincial es contundente, pues no se trata de premiar o sancionar conductas, sino de no infringir una doctrina clara sobre los criterios para conceder custodias con el interés del menor en el horizonte, años después de acordada por los padres. En tal sentido, la STS de 24 de mayo de 2016 nos recuerda que «al decidir sobre la custodia de los menores, los tribunales no han de premiar ni castigar a los progenitores, sino instaurar aquel sistema que ofrezca más ventajas a los menores». Porque la situación ha cambiado desde que se firmó el convenio, entonces se trataba de un bebé, ahora de un menor de 9 años. Ha habido alteraciones significativas, y

la perdurabilidad, el mantenimiento de lo mismo, a pesar de lo cambios experimentados, no es lo más adecuado para el hijo menor. Por otro lado, a fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial, ya se habían dictado otras del Tribunal Supremo en el mismo sentido. En definitiva, se ha apartado de la doctrina consolidada y, por ello, por los argumentos expuestos, el Tribunal Supremo casa la sentencia, confirmando la de la 1.^a Instancia de 31 de enero de 2017.