

# El Tribunal Supremo y los procesos de modificación de medidas en el ámbito familiar: de la alteración sustancial de circunstancias al cambio cierto

Comentario a la STS de 5 de abril de 2019, rec. núm. 2732/2018<sup>1</sup>

**Soraya Callejo Carrión**

*Magistrada.*

*Doctora en Derecho*

## Extracto

Demanda de juicio de modificación de medidas promovida por el padre en el que se interesaba la atribución al mismo de la guarda y custodia de la hija menor, con establecimiento de una pensión alimenticia con cargo a la madre. El artículo 90.3 del Código Civil establece que las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que da preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a su protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto, y ello porque no se puede petrificar la situación de un menor desde el momento de un pacto original sin atender a los cambios que desde entonces se han producido, es decir, se debe atender a los cambios que el tiempo ha provocado y al interés de la menor.

**Palabras clave:** derecho de familia; procesos matrimoniales; menores; guarda y custodia compartida; modificación de medidas.

Fecha de entrada: 15-05-2019 / Fecha de aceptación: 18-06-2019

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 a 30 de junio de 2019).

## 1. Introducción

La sentencia del Tribunal Supremo que aquí se comenta no es la primera que viene a atenuar las exigencias para proveer al cambio de las medidas adoptadas en el ámbito familiar por sentencias dictadas en procesos de separación, divorcio o custodia de hijos menores. Ciertamente el Tribunal Supremo ya se había mostrado a favor de flexibilizar los requisitos en aras al superior interés del menor; no obstante, esta sentencia de alguna forma viene a corroborar dicha flexibilidad y habida cuenta de la importancia que la «nueva» doctrina tiene, resulta de interés recordar los criterios existentes hasta tiempos recientes, y sobre todo enfatizar que no es imprescindible un cambio sustancial para justificar el éxito de un procedimiento de modificación de medidas.

En síntesis, podemos afirmar que para modificar las medidas adoptadas en los pleitos de familia no es necesaria una alteración sustancial de las circunstancias, sino que basta con un cambio cierto y, por supuesto, que el siempre inmanente principio del superior interés del menor justifique un cambio judicial de las medidas que le afectan.

Esto lo viene sosteniendo el Tribunal Supremo tras la reforma del artículo 90.3 del Código Civil producida merced a la Ley 15/2015, de 2 de julio, por lo que, en consecuencia, debe ser considerada en la práctica de los letrados ante los Juzgados de Familia.

## 2. Los requisitos para la modificación de medidas en la doctrina jurisprudencial «clásica»

El artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil declara:

[e]l Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del tribunal que acordó las medidas definitivas, la mo-

dificación 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.

Partiendo de lo anterior, las medidas que se adopten en el seno de un procedimiento de modificación de medidas requieren la concurrencia de una serie de requisitos, con lo que primeramente en cada caso concreto hay que analizar si se dan las circunstancias determinantes de dicha modificación, en definitiva, si han variado o no sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta en su día para adoptarlas. El presupuesto de la sustancialidad se erige en fundamental a tenor de la anterior declaración legal y en la regulación impuesta por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 1 de diciembre de 2017, recuerda que las medidas adoptadas mediante sentencia firme en un anterior procedimiento matrimonial podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias que condicionaron su antecedente regulación por los tribunales, bien sancionando el acuerdo entonces alcanzado por los cónyuges, bien dirimiendo la controversia contenciosa suscitada por los mismos.

La acción de modificación exige, en orden a su acogimiento por los tribunales, la concurrencia de los siguientes factores:

- 1.º Que haya existido, y así se acredite, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.
- 2.º Que dicha modificación o alteración sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que, de haber existido tales circunstancias al momento de la separación o el divorcio, se habrían adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía si se trata de prestaciones económicas.
- 3.º Que tal alteración no sea esporádica o transitoria, sino que presente caracteres de estabilidad o permanencia.
- 4.º Que la referida modificación o alteración no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituirlas por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante.

Por tanto, según recuerda la sentencia últimamente citada, la razón de ser del proceso de modificación de medidas es realizar un juicio comparativo entre dos momentos, el de la sentencia que fija las medidas y el de la demanda en que se pide su modificación, quedando fuera de su objeto lo relativo a la nueva valoración de la posible sujeción a Derecho de las circunstancias tomadas en cuenta en aquel primer momento.

Es así por cuanto las medidas definitivas acordadas en sentencia están sometidas a la regla *rebus sic stantibus*, de manera que ante la variación sustancial de las circunstancias que dieron lugar a su adopción será posible instar su modificación.

Ahora bien, el problema principal reside en la fijación de qué pueda entenderse por alteración sustancial de las circunstancias, concepto indeterminado que ha tenido que definir la jurisprudencia.

Así, sin ánimo exhaustivo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.<sup>a</sup>, de 4 de junio de 2018 (rec. núm. 915/2017), sostiene que, para poder estimar las pretensiones planteadas, es necesario que se trate de variaciones sustanciales, es decir, que tengan una importante incidencia; que hayan surgido hechos posteriores a los ya enjuiciados a fin de que la modificación no sea una revisión de conductas y hechos ya valorados en su momento en el pleito anterior; que el cambio sea objetivo, esencial (no accidental o accesorio), no meramente coyuntural sino permanente en el tiempo, imprevisible en el momento de adoptar la medida que se pretende modificar y que la alteración no sea voluntaria o provocada por la parte que insta la modificación.

### 3. De la alteración sustancial al cambio cierto

De cualquier manera, es importante puntualizar que por encima del formalismo que los requisitos de variación sustancial de circunstancias que exige el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la jurisprudencia interpretativa de esta norma, el artículo 90 del Código Civil, en su redacción vigente tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, suaviza tales requisitos, disponiendo que se modifiquen las medidas de guarda cuando así convenga a las nuevas necesidades del menor.

El interés del menor es, por consiguiente, el eje de la decisión sobre la guarda, tanto en el procedimiento de establecimiento de la misma como en los procedimientos ulteriores donde se cuestiona dicha custodia (Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.<sup>a</sup>, de 21 de junio de 2018, rec. núm. 394/2018).

En la misma línea de avalar una modificación de medidas, aunque el cambio de circunstancias no sea sustancial, siempre que venga basado en el interés del menor, se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.<sup>a</sup>, de 6 de junio de 2018 (rec. núm. 181/2018); según esta última resolución, la clave de la decisión por el sistema de custodia exclusiva o compartida reside en la ponderación de los criterios o indicativos de la determinación de ese concepto abstracto que es el «interés más favorable del menor» proyectado en todos los órdenes de la vida del menor, su salud, educación, entorno social, familiar, etc.

Lo anterior viene corroborado por la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2019 (rec. núm. 2732/2018) que viene a reiterar lo ya dispuesto en la Sentencia 124/2019, de 26 de febrero, y en la Sentencia 529/2017, de 27 de septiembre.

En este punto el Tribunal Supremo recuerda que el artículo 90.3 del Código Civil establece:

Las medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente podrán ser modificadas por los cónyuges judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

La transcrita redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia, considerando que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto (STS 346/2016, de 24 de mayo).

En el caso concreto a que hacer referencia la sentencia del Tribunal Supremo que ahora se comenta, el Alto Tribunal declara:

Esta sala no ha negado 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 por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo.

Así se decidió en la sentencia de 17 de noviembre de 2015, rec. 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, rec. 469/2014, que valora que «en el tiempo en que aquel 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 (Sentencia 162/2016, de 16 de marzo).

Por tanto, según concluye el Tribunal Supremo, no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor.