

EL CAMBIO CIERTO COMO REQUISITO PARA LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS Y EL ESTABLECIMIENTO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

EN BREVE

A nadie se le escapa que uno de los procedimientos más complicados con que el Abogado de Familia puede encontrarse es el de modificación de medidas. La complicación viene motivada por la justificación de los cambios, ya que: ¿cómo calibrar qué cambios en la vida de un niño y de sus padres hacen que las medidas que les afectan ya no sirvan?, ¿deben cambiarse las medidas total o parcialmente? o ¿cómo justificamos la importancia del cambio?

SUMARIO

1. Introducción: cambios sustanciales versus cambios ciertos
2. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la custodia compartida como alteración de circunstancias
3. El crecimiento de los hijos como circunstancia novedosa
4. Conclusiones



JORGE MARTÍNEZ MARTÍNEZ

Abogado de Familia. Socio Director en Superbia Jurídico y miembro de Legal Touch

INTRODUCCIÓN: CAMBIOS SUSTANCIALES VERSUS CAMBIOS CIERTOS

Antes de empezar, necesariamente hemos de partir desde la base: ¿qué es la modificación de medidas? En síntesis, podríamos entender que **se dan motivos para cambiar las medidas cuando acontece una alteración sustancial de circunstancias, de entidad relevante**, siendo necesario adecuar las medidas judiciales existentes a la nueva realidad, en aras de proteger plenamente el interés de los menores.

Viendo el requisito de la “**sustancialidad**” de los **cambios**, lógico resultaría que pensáramos en que **deben producirse circunstancias excepcionales y, por lo general, negativas** para que las medidas puedan cambiar. Así, situaciones tales como cambios unilaterales de domicilio del progenitor custodio que hacen inviable el régimen de visitas o desatención de los menores por las más diversas circunstancias son los que, a priori, pudiera pensarse que son los únicos en los que podrían modificarse las medidas. Esto es, cuando se habla de “alteración sustancial” parece que dicha alteración ha de ser grave. Pero **¿qué sucede cuando no existen circunstancias excepcionales?**, **¿pueden modificarse las medidas o no?**



La “gravedad” no debe entenderse derivada de variaciones extraordinarias e insólitas sino como **importantes en función de la configuración inicial de las prestaciones a equilibrar**. El desarrollo de las medidas adoptadas en su día o el propio crecimiento de los menores son por sí mismas nuevas circunstancias, por lo que la resolución que les afecte tendrá que adaptarse a la nueva realidad. Así mismo, **no debe considerarse como condición indispensable** para la prosperabilidad de la modificación que el progenitor custodio no desempeñe correctamente el ejercicio de la guarda, sino que cabe que no exista problema alguno y que dicho ejercicio sea responsable y, sin embargo, resulte adecuado modificar las medidas porque éstas repercutan positivamente en los menores.

Esa **interpretación “especial”** a que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) núm. 391/2015 **tiene que ver con la “certeza” del cambio**. En tal sentido se pronuncia la STS núm. 346/2016, de 24 de junio, que refiere que “[...] el art. 90.3 CC, en su última redacción 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 aconsejan las

▶ LEGISLACION www.globaleconomistjurist.com

- Real Decreto de 24 de julio de 1889, del Código Civil. (Legislación. Marginal: 69730142). Art.; 90
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (Legislación. Marginal: 12615).

“SE DAN MOTIVOS PARA CAMBIAR LAS MEDIDAS CUANDO ACONTECE UNA ALTERACIÓN SUSTANCIAL DE CIRCUNSTANCIAS, SIENDO NECESARIO ADECUAR LAS MEDIDAS JUDICIALES EXISTENTES A LA NUEVA REALIDAD, EN ARAS DE PROTEGER PLENAMENTE EL INTERÉS DE LOS MENORES”

nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges. [...]”. Esta redacción viene a recoger la postura jurisprudencial que daba 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 susten-

JURISPRUDENCIA www.globaleconomistjurist.com

- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 24 de mayo de 2016, núm. 346/2016, N° Rec. 2940/2015 (Marginal: 70989179)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 13 de abril de 2016, núm. 251/2016, N° Rec. 1473/2015 (Marginal: 69724770)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 12 de abril de 2016, núm. 242/2016, N° Rec. 1225/2015 (Marginal: 69724767)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 28 de enero de 2016, núm. 9/2016, N° Rec. 2205/2014 (Marginal: 70990205)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 17 de noviembre de 2015, núm. 658/2015, N° Rec. 1889/2014 (Marginal: 69568402)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 21 de octubre de 2015, núm. 585/2015, N° Rec. 1768/2014 (Marginal: 69573738)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 15 de julio de 2015, núm. 391/2015, N° Rec. 730/2014 (Marginal: 69573712)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 26 de junio de 2015, núm. 390/2015, N° Rec. 469/2014 (Marginal: 69555502)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 2 de julio de 2014, núm. 368/2014, N° Rec. 1937/2013 (Marginal: 2456358)
- Sentencia del Tribunal Supremo de fecha del 29 de abril de 2013, núm. 257/2013, N° Rec. 2525/2011 (Marginal: 2426532)

tarse en un cambio “sustancial”, pero sí cierto”. En definitiva, **entiende el Tribunal Supremo que los cambios simplemente deben haber acontecido para que las medidas puedan modificarse.**

DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO ALTERACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS

Una vez más, hemos de retrotraernos al año 2013, en que el Tribunal Supremo estableció, en su conocidísima **STS 257/2013, de 29 de abril**, que la **custodia compartida debía ser la regla general** en los procesos de familia con hijos menores de edad, debiéndose aplicar “*siempre que fuera posible y en tanto en cuanto lo sea*”.

Desde entonces, la promiscuidad con que nuestro Alto Tribunal ha resuelto al respecto no alberga dudas sobre la custodia compartida y, por ende, ese prolijo desarrollo doctrinal constituye, por sí mismo, una novedad a tener en cuenta para las modificaciones de medidas, ya que, recordemos, la protección de los menores es lo que debe ilustrar en todo momento la actuación judicial.

El propio reconocimiento por el Tribunal Supremo de la custodia compartida como la regla general puede motivar por sí mismo el interés en la modificación de medidas. Sirva como ejemplo la STS 390/2015, de 26 de junio, que indica que, “*El hecho de que haya funcionado correctamente el sistema instaurado en el convenio no es especialmente significativo para impedirlo, lo contrario supone desatender las etapas del desarrollo de los hijos y deja sin valorar el mejor interés de la menor en que se mantenga o cambie en su beneficio este régimen cuando se reconoce que ambos cónyuges están en condiciones de ejercer la custodia de forma individual [...]. La sentencia petrifica la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido*”.

Así mismo, la **STS 9/2016, de 28 de enero** refiere que “[...] **la sentencia recurrida petrifica la situación de la menor**, en razón a la estabilidad que tiene en estos momentos bajo la custodia exclusiva de su madre, pese a lo cual establece un amplio régimen de visitas, tratando de conciliar “*el interés de menor con el indudable*



y siempre beneficioso derecho del mismo a relacionarse con su padre”, impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres. La adaptación de la menor no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado 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, de una forma responsable”.

Muy directamente relacionado con lo anterior nos encontramos con un supuesto francamente habitual para denegar las modificaciones de medidas: **cuando se alcanzan acuerdos plasmados en un convenio regulador, los juzgados son (mejor dicho, eran) muy, muy reacios a cambiar las medidas.** Solían basamentar Sus Señorías la denegación de la modificación en atención a que si, inicialmente, uno de los progenitores había delegado en el otro el ejercicio exclusivo de la guarda y custodia, nada justificaba querer ejercer a futuro. Sin embargo, la cuestión fue resuelta también por el Tribunal Supremo, en su **STS 368/2014, de 2 de julio**: *“Tomar como referencia el acuerdo previo por el cual la guarda y custodia la debía ostentar la madre supone desconocer la realidad de las cosas y lo que es más grave, deja sin valorar la actitud de uno y otro progenitor para llegar a un compromiso de custodia provisional tras la ruptura, que no tuvo otra finalidad que la de garantizar el inmediato interés del menor tratando de no perjudicarles y de no generar un ambiente de conflictividad que repercutiese negativamente en ellos”,* señalando a continuación que *“Téngase en cuenta que el acuerdo se alcanza tras el verano de 2012 y que la demanda se formula ese mismo año. Se trataba, sin duda, de un régimen transitorio a la espera de lo que se resolviera judicialmente pues, al cabo, ambas partes no dirimieron sus diferencias de común acuerdo, sino mediante resolución judicial; resolución que impuso un régimen de visitas tan amplio a favor del esposo (fines de semana alternos, de jueves a lunes, y comunicación intersemanal en las tardes de los martes y jueves, además de las correspondientes a los periodos vacacionales) que sorprende que no se adoptara el que ahora se instaura mediante la estimación del recurso puesto que el cambio para el menor sería mínimo y sin duda más beneficioso”.* Esto es, **el que en su momento pactasen los progenitores que fuera uno de ellos quien**

“EL PROPIO RECONOCIMIENTO POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LA CUSTODIA COMPARTIDA COMO LA REGLA GENERAL PUEDE MOTIVAR POR SÍ MISMO EL INTERÉS EN LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS”

ostentase la guarda y custodia de los hijos en exclusiva no significa que deba mantenerse a perpetuidad dicho escenario. Es más, no es extraño que, en muchas ocasiones, el progenitor “cedente” lo hiciera en aras de que sus hijos tuvieran la mayor tranquilidad posible en los siempre momentos iniciales de una ruptura, con independencia de si la misma fue más o menos pacífica.

En conclusión, **la evolución jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre guarda y custodia compartida puede configurarse como un factor novedoso de cara a los procedimientos de modificación de medidas.**

EL CRECIMIENTO DE LOS HIJOS COMO CIRCUNSTANCIA NOVEDOSA

Al igual que la evolución doctrinal del Tribunal Supremo se configura como elemento relevante y cierto, resulta innegable que **el transcurso del tiempo supone una notable modificación respecto al momento en que suscribieron las medidas correspondientes.** De igual forma que ese crecimiento hace que cambien las necesidades y circunstancias de los hijos, es preciso adaptar su resolución judicial a su nuevo día a día, en aras de que no quede petrificada.

Conforme un niño crece no sólo es positivo sino necesario que tenga el máximo contacto con ambos progenitores, normalizándose en la medida de lo posible la relación entre ambos, algo que nuestra jurisprudencia entiende como relevante para que las medidas en su día adoptadas deban cambiarse, ya que su evolución conlleva que **aparezcan nuevas necesidades e inquietudes que la resolución de aplicación debe contemplar.** Por ejemplo, el incremento de las tareas escolares y de las actividades extraescolares, la necesaria

“EL QUE EN SU MOMENTO PACTASEN LOS PROGENITORES QUE FUERA UNO DE ELLOS QUIEN OSTENTASE LA GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS EN EXCLUSIVA NO SIGNIFICA QUE DEBA MANTENERSE A PERPETUIDAD DICHO ESCENARIO”

“LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA PUEDE CONFIGURARSE COMO UN FACTOR NOVEDOSO DE CARA A LOS PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS”

socialización con los amigos del colegio y demás circunstancias inherentes al crecimiento hacen que sea necesario organizar la vida de los niños de forma diferente a la inicialmente configurada, máxime si las referencias afectivas, tanto materna como paterna, están perfectamente fijadas.

Ese crecimiento se configura como un factor de gran importancia, ya que **la posible dependencia del progenitor único custodio que pudieran tener los menores a temprana edad tiende a desaparecer de forma paulatina**. La adquisición de autonomía de los niños ha de plasmarse en todas las facetas básicas de su vida, llegándose a la inequívoca conclusión de que **el crecimiento de los menores constituye un “cambio cierto”**, tal y como refieren, entre otras, la STS 658/2015, de 17 de noviembre (partiendo del interés del menor, entiende que se ha producido el cambio de circunstancias porque “*la menor tenía dos años cuando se pactó el convenio regulador, y en la actualidad tenía 10 años*”) y las STS 306/2016, de 13 de abril y STS 246/2016, de 12 de abril, manifestándose en ambas que “*El incremento de edad constituye en sí mismo una variable que aconseja un contacto más intenso con los dos progenitores*”.

BIBLIOGRAFÍA www.globaleconomistjurist.com

ARTÍCULOS JURÍDICOS

- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, JORGE. *Limitación temporal del uso de la vivienda familiar y custodia compartida: reseñas jurisprudenciales del Tribunal Supremo*. Marzo 2018. Economist&Jurist N° 218 (www.economistjurist.es)
- RODRÍGUEZ MARTÍN, M^a ÁNGELES. *La guarda y custodia compartida ¿un régimen excepcional?* Junio 2015. Economist&Jurist N° 191 (www.economistjurist.es)
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, LUIS. *La guarda y custodia compartida (alterna) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Julio-agosto 2013. Economist&Jurist N° 172 (www.economistjurist.es)
- ESCUDERO, ISABEL. *Una visión diferente de la custodia compartida*. Diciembre-enero 2010. Economist&Jurist N° 136 (www.economistjurist.es)
- VIVES MARTÍNEZ, GEMMA. *Custodia compartida, valoración de la prueba y victimización de los menores. Una visión objetiva desde la Magistratura y la experiencia*. Septiembre 2007. Economist&Jurist N° 113 (www.economistjurist.es)
- ZARRALUQUI NAVARRO, LUIS. *La guarda y custodia compartida. Pautas para su correcta aplicación*. Octubre 2006. Economist&Jurist N° 104 (www.economistjurist.es)

También resultan paradigmáticas como ejemplo de la consideración del crecimiento de un menor como alteración de circunstancias las STS 390/2015, de 26 de junio, y STS 9/2016, de 28 de enero a las que antes hacíamos mención. Pero es más, **si la edad de un menor no desincentiva un amplio régimen de visitas tampoco debe ser la causa de excluir el sistema de custodia compartida**, tal y como se contiene en la STS 585/2015, de 21 de octubre: *“A la luz de lo expuesto debemos declarar que en la sentencia recurrida se considera a la custodia compartida, de facto, como un sistema excepcional que exige una acreditación especial, cuando la doctrina jurisprudencial lo viene considerando como el sistema deseable cuando ello sea posible. En la resolución recurrida se acepta que ambos progenitores poseen capacidad para educación de su hijo y, de hecho, mantiene la ampliación del sistema de visitas, aproximándolo al de custodia compartida, pero sin instaurarlo sin causa que lo justifique y sin riesgo objetivable. Esta Sala no puede aceptar que el mantenimiento provisional de un sistema de guarda por la madre, durante la separación de hecho, impida la adopción del sistema de custodia compartida”*.

En definitiva, **si nos encontramos con un régimen de custodia tradicional no compartida el Alto Tribunal considera que el cambio de criterio social y legal es causa suficiente para instar**, a través del oportuno procedimiento judicial, **el cambio de régimen de custodia**. Evidentemente habrán de estar presentes los requisitos necesarios, pero, en caso contrario, se “petrifica” el escenario para los menores afectados y no se aplicará la mejor solución para ellos que, según nuestro Alto Tribunal, resulta ser la guarda y custodia compartida.

CONCLUSIONES

- Respetando la esencia procesal del procedimiento de modificación de medidas, no puede sino concluirse que los cambios que deben producirse para que un cambio de medidas pueda prosperar no es que deban ser abruptos o negativos sino, simplemente, existir. La propia normalidad, el propio crecimiento de los hijos es, por sí mismo, lo suficiente importante como para que las medidas que les afecten se adecúen a su realidad: solo de esa forma se les protegerá plenamente

