

EL EFECTO IRREVERSIBLE DEL TIEMPO EN EL DESARROLLO
DEL MENOR Y LA ADOPCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA
COMPARTIDA. COMENTARIO A LA STS DE ESPAÑA, NÚM.
124/2019, DE 26 DE FEBRERO (RJ 2019, 631)

*THE IRREVERSIBLE EFFECT OF TIME IN THE DEVELOPMENT OF THE
MINOR AND THE ADOPTION OF THE SHARED GUARD AND CUSTODY.
COMMENT TO THE STS OF SPAIN, NO. 124/2019, OF FEBRERY 26 (RJ
2019, 631)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 512-525



Esther
ALBA FERRÉ

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: La Sentencia comentada concede la custodia compartida a un progenitor no custodio que había solicitado la modificación de las medidas de divorcio, atendiendo a la edad del menor cuando se firmó el convenio y a la flexibilidad por los progenitores del sistema inicialmente pactado. El Tribunal Supremo resalta el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor como cambio cierto y la necesidad de evitar petrificar la situación del hijo.

PALABRAS CLAVE: Edad del menor; efecto irreversible del tiempo; cambio de circunstancias; guarda y custodia compartida; modificación de medidas.

ABSTRACT: *The commented Judgment grants shared custody to a non-custodial parent who had applied for the amendment of the divorce measures, taking into account the age of the child when the agreement was signed and the flexibility by the parents of the system initially agreed. The Supreme Court highlights the irreversible effect of time on the development of the child as a certain change and the need to avoid petrifying the situation of the child.*

KEY WORDS: Age of the child, irreversible effect of time; change of circumstances Custody and shared custody; modification of measures.

SUMARIO.- I. MARCO DE ESTUDIO: LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.- II. LAS NUEVAS NECESIDADES DE LOS HIJOS O EL CAMBIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN UN PROCESO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.- III. EL EFECTO IRREVERSIBLE DEL TIEMPO COMO CAMBIO CIERTO.

SUPUESTO DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia n.º 25 dictó sentencia de divorcio con fecha de 7 de octubre de 2010 aprobando el convenio regulador suscrito por D. Felicísimo y Dña. Virtudes, atribuyendo la custodia materna al hijo común nacido en ese mismo año.

El progenitor no custodio interpuso una demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio contra Dña. Virtudes, interesando la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida respecto del hijo común por periodos alternativos de una semana por considerar que este sistema es el más adecuado para el buen desarrollo, educación y equilibrio emocional del hijo. Esta solicitud llevó implícita sustituir el pago de la pensión de alimentos a cargo del padre por una obligación asumida por cada progenitor de mantener al menor durante el tiempo que conviva con él, además de satisfacer por mitad los gastos ordinarios, así como los gastos extraordinarios.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 25 de Madrid dictó sentencia el 31 de enero de 2016 estimando parcialmente la demanda, estableciendo el ejercicio de un sistema de custodia compartida semanal, al considerar, a la vista de lo probado, que es lo más ajustado y beneficioso para el menor, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, edad del menor, habilidades y aptitudes de los padres. En relación con la pensión alimenticia establece una diferenciación entre los gastos asumidos por ambos y los que deberán continuar asumiendo el padre. La sentencia explica que ambos reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de responsabilidades parentales y que la madre alega lo perjudicial que sería para el menor un cambio de custodia, sin dar argumentos que justifiquen el rechazo.

• Esther Alba Ferré

Actualmente profesora de Derecho Civil en el Grado en Derecho y en el Máster Universitario en Abogacía de la Universidad Europea de Madrid, Doctora en Derecho (2005) y Licenciada en Derecho (1992) por la Universidad San Pablo-CEU. Ha desarrollado diversas labores de gestión e innovación docente en la Universidad Europea de Madrid. Las principales líneas de investigación son el nuevo Derecho de Familia, los retos de la persona y el Derecho contractual europeo. Correo electrónico: estheralba@universidadeuropea.es.

Contra la anterior sentencia la representación procesal de la esposa interpuso recurso de apelación. La sentencia dictada con fecha 9 de abril de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24ª) estimó el recurso de apelación, revocando la resolución en el sentido de dejarla sin efecto alguno y mantener inalterada la vigencia de la sentencia de divorcio de 7 de octubre de 2010, donde se había acordado la custodia materna. Considera la sala de apelación que no se ha producido ni el acreditado cambio "sustancial" o importante de las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en el momento en que se establecieron las medidas definitivas por acuerdo entre las partes. Destacando que es normal el transcurso del tiempo y los cambios del menor, pero que no son los que se exigen para operar la modificación de medidas. Se expone que se han ampliado las visitas por consenso de ambas partes y que la solicitud de la custodia compartida implica reconocer que la madre lo hace bien y que no debe convertirse este proceso en un castigo al buen hacer de Dña. Virtudes.

Finalmente, la representación procesal de D. Felicísimo presentó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Los motivos en base a los cuales se formuló el recurso de casación son: por infracción del art. 90.3 CC pues, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera y por infracción del art. 92.3 y 91 *in fine* CC, art. 775 LEC y 14 CE, el principio del *favor filii*, el art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, art. 39 CE, arts. 2 L.O. núm. 1/1996.

La sala dictó auto el 10 de octubre de 2018 admitiendo el recurso de casación interpuesto. La representación procesal de Dña. Virtudes formalizó escrito de oposición al recurso, alegando, en esencia, la ausencia de un cambio sustancial de circunstancias. El Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia que se comenta, estimó el recurso interpuesto por D. Felicísimo y casó la Sentencia recurrida, con desestimación del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de Primera de Instancia, confirmando el régimen de custodia compartida.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La Sentencia analizada trata fundamentalmente de la posibilidad de modificar las medidas definitivas adoptadas en un proceso de divorcio y por lo tanto, de la aplicación del art. 90.3 CC que 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 un 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".

El objeto principal del litigio es determinar si se han dado las nuevas necesidades del hijo o el cambio de las circunstancias por las que se pueda acordar la modificación de medidas definitivas, esto, la guarda y custodia compartida, en sustitución de la custodia materna acordada por ambas partes inicialmente. Fundamentalmente, esta Sentencia valora los cambios provocados por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta la edad del menor al adoptar el convenio y el tiempo transcurrido, tratando de evitar que la situación del menor se petrifique.

Esta Sentencia se caracteriza por resumir las sentencias de la Sala más importantes en relación con el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor y la adopción de la guarda y custodia compartida y poner de manifiesto la contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina del Tribunal Supremo. En concreta hace referencia expresa, siguiendo el orden en que aparecen en la sentencia, a la STS núm. 529/2017, de 27 de septiembre (RJ 2017, 4111); la STS núm. 346/2016, de 24 de mayo (RJ 2016, 2284); la STS núm. 5218/2015, de 17 de noviembre (RJ 2015, 5392); la STS núm. 162/2016, de 16 de marzo (RJ 2016, 1137), y la STS núm. 182/2018, de 4 de abril (RJ 2018, 1182).

El Tribunal Supremo recoge la postura jurisprudencial que da 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 si cierto.

Esta sentencia recuerda que debe existir una causa justificada y seria que permite acordar la guarda y custodia compartida por cambio de las circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos. Considera las causas justificadas y serias pueden estar motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo (en este caso en 2010).

Partiendo del interés del menor, se declara producido el cambio de circunstancias por la edad del menor de un solo año al pactar el convenio regulador y porque los propios progenitores habrían flexibilizado en este tiempo el sistema inicialmente pactado. El Tribunal resalta que en el tiempo que se firmó el convenio era un régimen de custodia ciertamente incierto y que no se puede petrificar la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido.

El Tribunal Supremo insiste en que 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, porque de mantenerlo la Sentencia petrificaría la situación del menor de un año en esos momentos con el único argumento de que está adaptado al entorno materno, sin razonar el tiempo sobre

el cual sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el irreversible efecto que el transcurso del tiempo va a originar, la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo. Termina recordando la necesidad de valorar el interés del menor según los criterios y elementos generales establecidos en la Ley Orgánica núm. 8/2015, de 22 de julio, de protección a la infancia y a la adolescencia (publicada en BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015), entre los que se encuentra el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor.

Por todo ello, el Tribunal Supremo acepta la pretensión del progenitor no custodio otorgando la custodia compartida.

COMENTARIO

I. MARCO DE ESTUDIO: LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

Ante las crisis matrimoniales nuestro Código Civil tras la reforma producida por la Ley núm. 15/2005 de 8 de julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (publicada en BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005), sigue dando preferencia a la custodia a favor de uno solo de los progenitores, relegando a un segundo plano la custodia compartida o conjunta cuando se den unos determinados requisitos. Así el art. 92.5 CC exige un acuerdo de ambos padres para que sigan compartiendo la custodia de los hijos tras la nulidad, separación o divorcio siempre que no perjudique el interés del menor, y sólo excepcionalmente (art. 92.8 CC), el Juez, a instancia de una de las partes (nunca de oficio), con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. El Tribunal Constitucional en STS núm. 185/2012, de 17 de octubre (RTC 2012, 185), suprime la exigencia previa del carácter favorable del informe del Ministerio Fiscal para la adopción judicial de la custodia compartida.

Sorprende que durante el matrimonio los cónyuges tienen deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de sus hijos según lo que dispone el art. 68 CC y, sin embargo, ante la crisis matrimonial ese deber sólo existe si hay acuerdo de los cónyuges o excepcionalmente lo acuerdo el Juez a instancia de parte y no de oficio. Esto lleva a considerar por parte de la doctrina que la norma ha quedado realmente corta y debería establecer la custodia compartida por defecto en todos los casos.

A partir de la STS núm. 623/2009, de 8 de octubre (RJ 2009, 4606), se vino consolidando la jurisprudencia que defendía una interpretación extensiva de esta

excepcionalidad y que fijaba los presupuestos que deben ser exigidos para la adopción del régimen de custodia compartida, ya haciendo mención al efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor:

Será el Tribunal Supremo en STS núm. 257/2013, de 29 de abril (RJ 2013, 3269), cuando declaró la necesidad de que concurrieran los siguientes criterios para la interpretación del art. 92.5, 6 y 7 CC: la práctica anterior de los progenitores en las 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 y el resultado de los informes exigidos legalmente, y en definitiva cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada. Esta sentencia señaló que la custodia compartida debería 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”. En este mismo sentido, la STS núm. 4/2018, de 10 de enero (RJ 2018, 61), y la STS núm. 215/2015 de 5 de abril (RJ 2019, 1791), que con remisión a la STS núm. 200/2014, de 25 de abril (RJ 2014, 2651), y a la STS núm. 115/2016, de 1 de marzo (RJ 2016, 736), de este mismo Tribunal, abogan por la custodia compartida como sistema normal e incluso deseable, no excepcional, llegando a calificarlo de preferente de la relación familiar en los supuestos de ruptura, incluso de ideal “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”.

Ya la STS núm. 5218/2015 de 17 de noviembre (RJ 2015, 5392), alaba la fórmula de la custodia compartida argumentando que con ella:

- se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia,
- se evita el sentimiento de pérdida,
- no se cuestiona la idoneidad de los progenitores
- y se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

No sólo se ha producido una modificación de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo favorable a la custodia compartida, sino que también la legislación autonómica de Aragón, Comunidad Valenciana, Cataluña y Navarra, País Vasco y Baleares ha corregido la excepcionalidad de esta custodia convirtiéndola en la opción preferente.

El Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental y de otras medidas a adoptar tras la ruptura de la convivencia de 10 de abril de 2014 parece que quiso acabar con la excepcionalidad dotando al régimen de guarda y custodia compartida de la normalidad que hoy reviste la custodia a favor de alguno de los dos progenitores. Sin embargo, este Anteproyecto de ley no ha sido aprobado y se ha perdido la posibilidad de modificar nuestro Código civil que sigue considerando la custodia compartida como excepcional a falta de acuerdo.

Realmente lo que está en juego y prima en cada caso concreto es el interés superior del menor, como precisa la STS núm. 495/2013, de 19 de julio (RJ 2013, 5002). Este interés debe ser concreto e individualizado de un menor con nombres y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso. Así, se intenta aproximar este régimen al modelo de convivencia existente ante de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y participen en igual condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos según indica la STS núm. 368/2014 de 2 de julio (RJ 2014, 4250). Se observa ya la importancia del tiempo en el desarrollo del menor y en la determinación de su interés.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, publicada en el BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015, en su art. 1 dedicado a la modificación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha concretado en el nuevo art. 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM) el concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, fijando los criterios generales ya determinados por el Tribunal Supremo.

El art. 2 establece "1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.

2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros

que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad”.

Además de fijar estos criterios, la novedad es que los hace ponderar con una serie de elementos generales, establecidos en el apartado 3 de este artículo, como la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales y aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

La STS núm. 172/2016, de 17 de marzo (RJ 2016, 847), califica a este concepto de interés superior del menor como un “canon hermenéutico” extrapolable como tal a hechos anteriores a la fecha de su redacción.

De todos estos elementos establecidos en el nuevo art. 2 LOPJM nos interesa analizar “el efecto irreversible del tiempo” (art. 2.3 c) en el desarrollo del menor;

que deberá ser interpretado con otro de los elementos que es “la preparación del tránsito a la edad adulta o independiente” (art. 2.3 e), lo que conllevará en muchos procesos a la solicitud de modificación de medidas adoptadas en una sentencia de divorcio, incluso las acordadas por ambos progenitores en el convenio regulador. Por ello, analizaremos en primer lugar cuál es la regulación actual existente en esta materia, para luego resumir, como lo hace la sentencia objeto de análisis, la doctrina del Tribunal Supremo en relación con el efecto del tiempo en el desarrollo del menor.

II. LAS NUEVAS NECESIDADES DE LOS HIJOS O CAMBIO DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN UN PROCESO DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS.

Las medidas que se adoptan en cada sentencia de divorcio sobre cuestiones como la guarda y custodia de los hijos, las obligaciones económicas de los excónyuges o el derecho de uso de la vivienda familiar corresponden a un momento determinado y difícil en el que se encuentra la familia. Estas medidas son adoptadas ante una ruptura matrimonial o incluso acordadas por ambos cónyuges en el convenio regulador del divorcio. Sin embargo, no son medidas definitivas a lo largo de la vida de la familia ahora separada y esto es lo que hace que sea un procedimiento de los más complicados porque se debe justificar los cambios. Las necesidades de los hijos no son las mismas y tampoco lo tienen que ser las situaciones personales y laborales de los padres, que han podido prosperar o no en su puesto de trabajo, volver a casarse, tener nuevos hijos o trasladarse de residencia.

El Código civil en su art. 90.3 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, lo que está corroborado por el art. 91 CC en su último apartado.

Esta solicitud de modificación de medidas está prevista en el art. 775 LEC cuando dispone que “... los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por ellos o las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.

Existen una serie de límites o requisitos que deben darse según la STS núm. 508/2011, de 27 de junio (RJ 2011, 4890), para estimar la solicitud de modificación de medidas:

a) Que haya existido y así se acredite, una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción.

b) 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 habría adoptado medidas distintas, al menos en su cuantía si se trata de prestaciones económicas.

c) Que tal alteración no sea esporádica o transitoria, sino que presente caracteres de estabilidad o permanencia.

d) 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.

El problema fundamental es la interpretación que se debe dar a que se produzca una alteración sustancial que justifique el cambio de las medidas. A primera vista se podría considerar que la sustancialidad de estos cambios se produce sólo ante circunstancias excepcionales, negativas y graves. Esta gravedad debe entenderse como importante en función de la configuración inicial de las prestaciones a equilibrar y no sólo derivada de variaciones extraordinarias e insólitas realizadas por alguno de los progenitores. Por lo tanto, la modificación de medidas puede que resulte adecuada sin que exista problema alguno, sino simplemente porque éstas repercuten positivamente en los menores y así la resolución que les afecta se adapta a la nueva realidad.

Las primeras medidas que se adoptan, incluso en un convenio regulador, se establecen atendiendo a la edad de los hijos en ese contexto, pero el tiempo pasó y con él las necesidades afectivas, económicas y de relación con los menores. Por eso el transcurso del tiempo puede y debe aducirse como argumento de la modificación de medidas.

III. EFECTO IRREVERSIBLE DEL TIEMPO EN EL DESARROLLO DEL MENOR COMO UN CAMBIO CIERTO.

El progenitor no custodio ya reasentado ante la nueva situación familiar, con los hijos crecidos y en interés de éstos puede instar una modificación de medidas para solicitar un régimen de guarda y custodia compartida que reequilibre la relación de los menores con ambos progenitores.

El Comité de Derecho del Niño en la Observación General núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial en el punto 84, a la hora de buscar un equilibrio entre los elementos de la evaluación del interés del menor, pone de manifiesto que hay que tener presente que sus capacidades evolucionan y que "... los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia,

en lugar de adoptar medidas definitivas e irreversibles". Recomendando evaluar no sólo "... las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también se tenga en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo". Considera clave que "... las decisiones deberán evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño".

Por ello, será necesario revisar las medidas de protección no permanente adoptadas con los menores de tres años cada tres meses y respecto a mayores de edad se revisarán cada seis meses (art. 12.5 LOPJM).

Para contestar a la pregunta ¿Las nuevas necesidades de los hijos tienen carácter de cambio sustancial de las circunstancias?, nos ayuda el Tribunal Supremo que en STS núm. 346/2016, de 24 de mayo (RJ 2016, 2284), cuando considera que hay que dar preeminencia al interés del menor en el análisis de las cuestiones relativas a la protección, guarda y custodia y así declara que la redacción del art. 90.3 CC "... 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 sustentarse en un cambio «sustancial», pero sí cierto". Siendo la sentencia más reciente que hace referencia a esa certeza del cambio la STS núm. 211/2019, de 5 de abril (RJ 2019, 1866), que insiste en que "no es preciso que el cambio de circunstancias sea sustancial, sino que sea cierto e instrumentalmente dirigido al interés del menor".

A la hora de valorar si se ha producido un cambio de circunstancias, el Tribunal Supremo no se ha negado a acordar 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, como en el caso analizado. La STS núm. 390/2015, de 26 de junio (RJ 2015, 2658), 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".

Además, para que se lleve a cabo ese cambio requiere la existencia de unas causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo añadiendo que no se puede petrificar la situación del menor desde el momento del pacto, sin atender a los cambios que desde entonces se han producido, siguiendo la STS núm. 162/2016, de 16 de marzo (RJ 2016, 1137). En este sentido, la STS núm. 5218/2015, de 17 de noviembre

(RJ 2015, 5392), declara que, partiendo del interés del menor, se ha producido un cambio de circunstancias por la edad que tiene el menor cuando se pactó el convenio regulador y la que tiene en la actualidad, y por el hecho de que los propios progenitores habrían flexibilizado en ese tiempo el sistema inicialmente pactado.

La valoración del transcurso del tiempo en el desarrollo del menor se debe tener presente para evitar que la situación del menor se vea petrificada con el único argumento de la estabilidad que tiene bajo la custodia exclusiva de la madre, “sin razonar al tiempo sobre cuál sería la edad adecuada para adoptar este régimen ni ponderar el efecto irreversible que el transcurso del tiempo va a originar la consolidación de la rutina que impone la custodia exclusiva, cuando se está a tiempo de evitarlo, puesto que va a hacer prácticamente inviable cualquier cambio posterior” [STS núm. 182/2018, de 4 de abril (RJ 2018, 1182)].

La STS núm. 647/2019, de 26 de febrero (RJ 2019, 631), objeto de análisis, tras la aplicación de la anterior doctrina, concluye resaltando que “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”.

Podríamos resaltar que la importancia de tener en cuenta el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor también debe ser relacionada con la necesidad de agilizar y clarificar los tramites evitando dilaciones innecesarias en los procesos de toma de decisiones que pueden tener un carácter adverso para en el desarrollo del menor. La STS núm. 3527/2018, de 17 de octubre (RJ 2018, 4473), alaba la denegación de la práctica de la prueba psicosocial porque ello habría dilatado mucho el procedimiento, perjudicando al menor, “sin valorar el irreversible efecto que en estos momentos tiene el transcurso del tiempo en su desarrollo por la dilación que conlleva su práctica en un sistema carente de los medios necesarios para ofrecer una rápida solución de la controversia, y ello en nada resulta beneficioso para este interés”.

A modo de conclusión, se puede destacar que la sentencia analizada resume la doctrina jurisprudencial existente en todo procedimiento de modificación de medidas cuando al valorar el interés del menor se debe tener presente el elemento general conocido como “el efecto irreversible del tiempo en el desarrollo del menor”, establecido en el art. 2.3 c) LOPJM. El crecimiento de los niños debe ser considerado como un cambio cierto y una causa que justifique que las medidas adoptadas en su momento, incluso cuando fueron acordadas en un convenio regulador, deben cambiarse atendiendo a su edad actual y adecuarse las nuevas necesidades de los menores que crecen y evolucionan hasta que adquieran la edad adulta y con ello, la autonomía suficiente. Ya no sólo se modificarán las medidas adoptadas para determinar la concesión o no de la custodia compartida cuando se

produzca un cambio sustancial o negativo de las circunstancias. La jurisprudencia actual del Tribunal Supremo ha valorado la existencia de un cambio cierto derivado del mero transcurso del tiempo y del propio crecimiento del menor para adoptar medidas que se ajusten a su nueva realidad.