



Roj: **STS 1899/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:1899**

Id Cendoj: **28079110012016100285**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/05/2016**

Nº de Recurso: **1928/2015**

Nº de Resolución: **299/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 5 de mayo de 2016

Esta sala ha visto integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio sobre modificación de medidas definitivas n.º 371/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Amador , representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Domingo Lago Pato; siendo parte recurrida doña Manuela , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Soledad San Mateo. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1º.- La procuradora doña Concepción Hoyos Moliner, en nombre y representación de don Amador , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Manuela y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que

«estimando en todas sus partes la demanda que se formula se declare: El disfrute de un fin de semana cada dos meses durante un año hasta que el menor se acostumbre de nuevo a las visitas de su padre. Se avisará al progenitor custodio con 15 días de antelación del fin de semana en que se visitará al menor. El horario de recogida será el sábado a las 10 h y el domingo le dejará en el domicilio familiar a las 20 h. A partir del año se establecerá un régimen de visitas de fines de semanas alternos.

El disfrute de quince días de las vacaciones estivales, debiendo avisar al otro progenitor, al menos con un mes de antelación el periodo comprendido entre julio y septiembre. Respecto a las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, desde la finalización del periodo escolar hasta su inicio, siendo el primer periodo para la madre los años pares y para el padre los impares. Respecto a las vacaciones de Semana Santa las disfrutará la madre los años pares y el padre los años impares. Durante los cumpleaños se quedará con la madre, permitiendo la visita del padre de al menos dos horas. En todos los casos, el padre o persona autorizada por el padre, deberá recoger y entregar personalmente a los hijos en el domicilio de residencia de éstos, coincidente con el de la madre.

Ambos progenitores deberán tenerse mutuamente informados del lugar en el que se encuentren los menores, y deberán permitir con ellos la comunicación telefónica, pero a horas que no interrumpan el descanso; aún en los periodos de estancia vacacional. Las salidas de los hijos con alguno de los padres del territorio español, deberá ser conocido y consentido por el otro progenitor de manera fehaciente. Durante el periodo vacacional del menor quedará n suspenso el régimen de visitas que se reanudará una vez transcurrido el mismo»



El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Soledad San Mateo García, en nombre y representación de doña Manuela , contestó a la demanda formuló reconvección y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«A) Primero.

A. 1.- Se declare la privación al demandado don Amador de la patria potestad y demás derechos inherentes a la misma respecto de su hijo menor Felicísimo .

A. 2.- Se declare atribuir la guarda y custodia del menor Felicísimo a su madre Doña Manuela , quien ejercerá sobre el mismo la patria potestad de forma exclusiva.

A. 3.- Se declare que Don Amador deberá abonar mensualmente a Doña Manuela , en concepto de alimentos para su hijo Felicísimo , la cantidad de quinientos euros mensuales (500 e) que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes, por mensualidades adelantadas en la cuenta bancaria que al efecto designe Doña Manuela . Esta prestación alimenticia se actualizará anualmente el 10 de enero de cada, año, en proporción directa a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo en el año anterior, publicado por el Instituto Nacional de Estadística, de forma automática y sin necesidad de requerimiento alguno. La primera actualización será la correspondiente a enero de 2014.

A. 4.- Se declare igualmente que Don Amador deberá sufragar la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en la atención de su hijo Felicísimo ; considerando como tales a efectos enunciativos pero no limitativos los correspondientes a prótesis, ortodoncia y oftalmológicos para el supuesto de que no tuviesen cobertura por sistemas públicos de asistencia; así como los correspondientes a estudios, incluyendo las matrículas y material escolar, siempre que sean debidamente acreditados con facturas Y no se perciban ayudas, becas, subvenciones o prestaciones similares para cubrir dichos gastos.

A. 5.- Se declare condenar a Don Amador a estar y pasar por las precedentes declaraciones, cumpliéndolas debidamente.

A. 6.- Se declare librar exhorto al Registro Civil de Villa del Prado (Madrid) para la anotación marginal de la presente resolución, en cuanto a la privación de la patria potestad, en la inscripción de nacimiento del menor.

A. 7.- Se declare la expresa imposición de las costas causadas en esta instancia al demandado Sr. Amador si se opone y resulta vencido.

B) Segundo.- Subsidiariamente y para el improbable caso de que no fueran aceptadas por el Juzgador la solicitud de condena a la privación de la patria potestad al Sr. Amador junto con las otras medidas instadas en los anteriores puntos de esta demanda reconveccional, se solicita con carácter subsidiario sean modificadas por el Juzgado las medidas acordadas en la sentencia de divorcio referentes al régimen de visitas, estancias y comunicaciones y la de alimentos para el hijo menor, en el siguiente sentido:

B. 1.- Dado que el niño cuenta con apenas siete años de edad, no conoce a su padre biológico, nunca han estado juntos y no hablan ni siquiera el mismo idioma, entendemos y solicitamos que, de admitir el Juzgador una vez explorado el menor algún tipo de comunicación inicial, ésta debe de establecerse a través de los Puntos de Encuentro Familiares (PEF) en la modalidad de Visita tutelada por psicólogo o asistente social adscrito al mismo y/o por un familiar designado por la madre, siempre que su padre acredite que es capaz de comunicarse con su hijo. Esta comunicación se llevará a cabo una tarde de un fin de semana cada dos meses como pide el padre en su demanda, sin perjuicio de que más adelante el PEF estime pueden ampliarse si no suponen riesgo para la estabilidad emocional del menor, y siempre, reiteramos, que su padre acredite que es capaz de comunicarse con su hijo.

B. 2.- Los fines de semana, periodos vacacionales de verano, vacaciones de Navidad, Semana Santa, cumpleaños y demás solicitudes realizadas en la demanda de modificación de medidas por el padre del menor quedarán en suspenso o no se estimarán hasta que por los servicios sociales y profesionales adscritos al Juzgado y al PEF así lo estimaren en función de la aceptación del menor a la nueva situación.

B. 3.- Ante el temor materno a la sustracción internacional del menor indicada en el hecho cuarto de la demanda reconveccional, se solicita la prohibición de salida del territorio nacional del menor, salvo autorización judicial previa; así como la prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido. A tal fin se librarán por el Juzgado los oficios a los distintos cuerpos y servicios policiales, nacionales e internacionales, necesarios para el cumplimiento de tal fin.



B. 4.- Se declare que Don Amador deberá abonar mensualmente a Doña Manuela , en concepto de alimentos para su hijo Felicísimo , la cantidad de quinientos euros mensuales (500 euros) que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes, por mensualidades adelantadas en la cuenta bancaria que al efecto designe Doña Manuela . Esta prestación alimenticia se actualizará anualmente el 1 de enero de cada, año, en proporción directa a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo en el año anterior, publicado por el Instituto Nacional de Estadística, de forma automática y sin necesidad de requerimiento alguno. La primera actualización será la correspondiente a enero de 2014.

B. 5.- Se declare igualmente que Don Amador deberá sufragar la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en la atención de su hijo Felicísimo ; considerando como tales a efectos enunciativos pero no limitativos los correspondientes a prótesis, ortodoncia y oftalmológicos para el supuesto de que no tuviesen cobertura por sistemas públicos de asistencia; así como los correspondientes a estudios, incluyendo las matrículas y material escolar, siempre que sean debidamente acreditados con facturas y no se perciban ayudas, becas, subvenciones o prestaciones similares para cubrir».

La procuradora doña Concepción Hoyos Moliner, en nombre y representación de don Amador , contestó a la reconvencción y alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimo oportunos terminó suplicando al Juzgado se dicte sentencia con desestimación íntegra de la demanda reconvenccional, se le absuelva de las pretensiones ejercitadas de contrario, con expresa condena en costas de la parte actora.

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n º 75 de Madrid, dictó sentencia con fecha 3 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que desestimando la demanda presentada por D. Amador , representado por el Procurador de los Tribunales doña Concepción Hoyos Moliner contra doña Manuela , representada por el procurador de los tribunales doña María Soledad San Mateo García, acuerdo, no haber lugar a modificar la sentencia de divorcio de fecha 8-7-08, sin que proceda fijar el régimen de visitas.

Estimando parcialmente la reconvencción formulada por la demandada, acuerdo, modificar la referida sentencia, y:

1º. Atribuir a la madre, sra. Manuela , el ejercicio exclusivo de la patria potestad, siendo la titularidad compartida.

- No ha lugar a privar de la patria potestad al Sr. Amador .

2º. El Sr. Amador abonará a la sra. Manuela en concepto de alimentos para el hijo, la cantidad mensual de 150,00 euros (ciento cincuenta euros) en los cinco primeros días de cada mes, conforme al IPC fijado por el INE u organismo que lo constituya.

En cuanto a los gastos extraordinarios del menor, se abonarán por ambos, al 50% previo acuerdo o en su defecto mediante autorización judicial.

Las medidas no modificadas por esta sentencia se mantienen.

No procede hacer expresa condena en costas».

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de don Amador . La Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 26 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por don Amador , representado por el Procurador don DOMINGO LAGO PATO, frente a la sentencian de fecha tres de abril de dos mil catorce, dictada por el Juzgado de Primera la Sentencia nº 75 de MADRID en autos de modificación de medidas, con el número 371/13, seguidos contra doña Manuela , representada por la Procuradora doña Soledad San mateo García, debemos CONFIRMAMOS y CONFIRMAMOS la citada resolución remitiéndose a los fundamentos antes expuestos y sin hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las causadas ni en primera ni en la segunda instancia ».

Con fecha 15 de abril de 2015, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva dice:

«La sala acuerda: haber lugar a la aclaración solicitada de sentencia de fecha veintiseis de febrero de dos mil quince, dictada en el presente recurso de apelación 939/2014 , pretendido por la procuradora de los Tribunales doña María Soledad San Mateo García, en nombre y representación de la parte apelante doña Manuela , estableciéndose que el pago de la cuantía por la pensión de alimentos se fija en la cantidad de setecientos cincuenta euros (750 euros)».



**CUARTO-** Contra la expresada sentencia el apelante don Amador interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes Motivos: Primero.- Denegación de fijar un régimen de visitas al progenitor no custodio. Con base en el art. 469. 1. 4º por entender vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24.1 y 120 CE. Segundo.- Fijación en segunda instancia de una pensión de alimentos de 750 euros. Vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a las garantías del debido proceso ( art. 24.1 . y 2 CE ).

En cuanto al recurso de casación se base en los siguientes Motivos: Primero.- Infracción de los arts 94 y 160 del CC en cuanto deniega absolutamente establecer un régimen de visitas a favor del padre sin que concurren circunstancias graves que podrían excepcionalmente permitirlo las circunstancias fácticas que describen el fundamento jurídico de la sentencia de instancia. Segundo.- Infracción del art. 146 del CC por cuanto se vulnera el necesario juicio de proporcionalidad que viene requerido por dicha norma a los fines de determinar la pensión de alimentos.

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 25 de noviembre de 2015 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Soledad San Mateo García, en nombre y representación de doña Manuela , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del segundo motivo del recurso de casación.

**SÉPTIMO.** - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 26 de abril de 2016, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Amador formuló demanda de modificación de medidas adoptadas en proceso de divorcio contra doña Manuela . Solicitaba que se fijara a su favor un régimen de visitas para que pudiera estar con su hijo y se estableciera una pensión de alimentos en cuantía de 150 euros. En la demanda alegaba que era de nacionalidad turca y residente en el Reino Unido, que fue donde se casó con la demandada y donde concibió al hijo común, aunque luego se separaran de hecho y se fuera esta con el menor a España, señalando que el procedimiento de divorcio se tramitó en rebeldía porque el no pudo comparecer, razón por la que no se fijó régimen de visitas alguno ni pensión de alimentos a favor del menor, siendo de su interés ejercer sus derechos y obligaciones paterno filiales.

La demandada reconvino instando la privación de la patria potestad y demás derechos inherentes a la misma; que además de la guarda y custodia que ya tenía se le atribuyera el ejercicio exclusivo de la patria potestad; que se fijara a cargo del padre una pensión de alimentos de 500 euros y la obligación de sufragar el 50% de los gastos extraordinarios y, subsidiariamente, de no accederse a la privación de la patria potestad, se establezca un régimen de visitas muy restringido, a través del punto de encuentro, de una tarde de un fin de semana cada dos meses como pedía el padre, sin perjuicio de su ampliación posterior, quedando en suspenso los periodos vacacionales hasta que se estime adecuado para el menor. Considera que el padre se ha desentendido del hijo desde que nació, contando este en la actualidad 7 años, que no ha ejercido nunca sus deberes y obligaciones como padre, que el niño no le conoce y que ni siquiera hablan el mismo idioma, existiendo riesgo fundado que pueda llevarse a su país aprovechando cualquier visita.

La sentencia del Juzgado desestimó la demanda y estimó parcialmente la reconvención atribuyendo a la madre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, siendo la titularidad compartida; desestimó asimismo la solicitud de privación de la patria potestad y fijó en 150 euros los alimentos para el hijo a cargo del padre.

La sentencia de la Audiencia Provincial contiene dos pronunciamientos separados: uno, incluido en la sentencia, en el que desestima el recurso de apelación formulado por Don Amador y confirma la del juzgado, sobre el régimen de comunicaciones del padre con su hijo; otro, que se incorpora a un auto que llama de aclaración de la sentencia, sobre los alimentos del menor, que había sido objeto de impugnación a instancia de doña Manuela , fijando el importe de dicha prestación en 750 euros.

Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación

**SEGUNDO.-** Los dos motivos se formulan por infracción de los artículos 24 y 120 de la Constitución Española por no haber amparado ninguno de estos derechos al no considerar lo más mínimo lo alegado y acreditado en la segunda instancia, y resolver con una motivación irrazonable e ilógica, que condujo a una decisión arbitraria en relación a la cuestión de la fijación del régimen de visitas a favor del padre; calificativos que extiende a la



prestación alimenticia que la audiencia estableció en el auto de aclaración que además no fue suscrito por los mismos magistrados que deliberaron y dictaron la sentencia.

El recurso se va a estimar, con los efectos que se dirán.

1.- En un sistema pensado y desarrollado en interés del menor, con evidente incidencia en la aportación, admisión, práctica y valoración de la prueba ( artículos 752 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), relacionada con las aptitudes de los padres en la guarda y custodia de sus hijos, teniendo en cuenta las necesidades personales de los menores, la infracción de su normativa constituye una violación del art. 24 CE , en cuanto produce indefensión, en este caso a la parte ahora recurrente, desde el momento en que la sentencia hace dejación de la tutela judicial efectiva que le compete, en especial en cuestiones de familia, inhibiéndose de considerar no solo las valoraciones de la primera instancia, sino de valorar los hechos que resultaban de las pruebas aportadas en apelación, no asumiendo la plena jurisdicción que como tribunal de apelación le corresponde. De un lado, no atiende a valorar la prueba que se aportó ante el tribunal de apelación y, de otro, renuncia a hacerlo con argumentos más propios de este tribunal de casación que del de instancia atribuyendo prácticamente dicha facultad al juzgado y, en ambos casos, sin concretar por qué mantiene la valoración de la prueba hecha en la instancia atendiendo a las razones del recurso de apelación, bien para estimarlas, bien para rechazarlas.

La motivación contenida en la sentencia no expresa ni razona de forma clara cuáles son las circunstancias que llevan a negar la comunicación del padre con su hijo. Al contrario, como quiera que se limita a describir lo que dice la sentencia del juzgado, evita sacar las conclusiones que resultan de una motivación contradictoria pues no se entiende que se diga, apelando al informe pericial, que el padre no presenta dificultades o trastornos que le incapaciten para unas eventuales relaciones con su hijo, y le se niegue después absolutamente estas relaciones. Esta argumentación, ni se entiende, ni resulta suficiente para justificar la desestimación del recurso.

La doctrina de la Sala es reiterada en el sentido de que en 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 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 CE ( sentencia 25 de abril de 2014 y las que cita del tribunal constitucional).

2.- Además, se aclara la sentencia ante la omisión producida, elevando la pensión de alimentos a favor del hijo menor de edad y a cargo del padre de 150 a 750 euros, y lo hace, como señala el Ministerio Fiscal, sin motivación alguna pues no explica las razones de forma clara y precisa por las que se eleva el quantum de la pensión de alimentos, conforme a lo dispuesto en los artículos 93 y 142 del Código Civil , en función de la valoración de las pruebas practicadas, al limitarse a establecerle sin más en dicha cantidad, lo que no es suficiente a efectos de dar por cumplida la exigencia de motivación, en una resolución, por otra parte, que no ha sido dictada por los mismos magistrados que concurrieron a deliberar y dictar sentencia. La motivación cumple una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos ( SSTS 5 noviembre 1992 , 20 febrero 1993 , 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003 , entre muchas otras). Nada de esto ha sido observado en la sentencia recurrida.

**TERCERO.** - Al haberse estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede entrar a examinar el recurso de casación, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 476, 2, 4, al regular los efectos de la admisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal, "la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiese incurrido en la infracción o vulneración" .

En consecuencia, procede anular la sentencia impugnada y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia para que vuelva a dictarse ésta en la que la Sala de apelación, con arreglo a los hechos que considere probados, se pronuncie sobre las pretensiones esgrimidas en el recurso de apelación.

**CUARTO.** - El resultado final de los dos recursos determina que no haya lugar a pronunciarse sobre las costas de las instancias, que quedan a expensas de lo que decida la nueva sentencia de apelación. Las costas causadas por el recurso de casación y por el recurso extraordinario por infracción procesal no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes ( art. 398.2 LEC ).

## FALLO



Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º**- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Amador contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 26 de febrero 2015. **2.º**- Anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que, con absoluta prioridad, vuelva a dictarse esta que en cualquier caso argumente sobre el interés del menor en relación al régimen de visitas del padre con su hijo y alimentos en favor del niño, con arreglo a los hechos que considere probados según el planteamiento del litigio y la prueba practicada. La anulación afecta también a la declaración de las costas generadas. **3.º**- No ha lugar a resolver el recurso de casación interpuesto también por D. Amador contra la misma sentencia. **4.º** - No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. **5.º**- Y que si contra la nueva sentencia volviera a interponerse cualquiera de los dos recursos, o ambos simultáneamente, se advierta de esta circunstancia al remitir las actuaciones a esta Sala para acordar su tramitación preferente a fin de evitar más dilaciones en la resolución del litigio. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz