



Roj: **STS 1165/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1165**

Id Cendoj: **28079110012018100174**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/04/2018**

Nº de Recurso: **2900/2017**

Nº de Resolución: **183/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 1367/2017,**  
**STS 1165/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 183/2018**

Fecha de sentencia: 04/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2900/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/03/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MURCIA SECCIÓN N. 4

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2900/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 183/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 4 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de infracción procesal y de casación interpuesto por doña Antonieta , representada por la procuradora doña Antonia Moñino Moral, bajo la dirección Letrada de doña M.ª Ascensión Lozano Martínez, contra la sentencia dictada con fecha 19 de enero de 2017 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia en los autos de juicio de modificación de medidas de divorcio n.º 674/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Molina de Segura. Ha sido parte recurrida don Benigno , representado por la procuradora doña Adela Cano Lantero, bajo la dirección letrada de don Antonio L. Rubio Crespo.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.º-** La procuradora doña Victoria Montalt Roig, en nombre y representación de don Benigno , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas de divorcio, contra doña Antonieta , y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1º.- La guarda y custodia del menor Cipriano se atribuye al padre, siendo la patria potestad compartida.

»2º.- La madre deberá abonar la cantidad de 200 euros mensuales en concepto de pensión de alimentos del menor, que ingresará los días 1 al 5 de cada mes en la cuenta que designe el padre. Esta cantidad se actualizará anualmente según el IPC anual nacional sin necesidad de previo requerimiento ni de nueva resolución judicial. Los gastos extraordinarios se abonarán pe mitad.

»3º.- Se establece un régimen de visitas a favor de la madre en período de vacaciones escolares del menor, debiendo dividirse en períodos por mitad para poder ejercer el régimen de visitas y al residir el menor en Alemania, se obligan ambos progenitores a entregar la documentación y autorización necesarias para los viajes del menor».

2.º- 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.

3.º- La procuradora doña Antonia Moñino Moral, en nombre y representación de don Antonieta , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se desestime íntegramente la demanda deducida de contrario con expresa imposición de las costas procesales a la parte actora».

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Molina de Segura, dictó sentencia con fecha ocho de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que DESESTIMANDO la demanda de Modificación de Medidas establecidas en Sentencia de fecha uno de diciembre de 2.005 (Procedimiento DMA 689/05), por la Procuradora de los Tribunales Sra. Montalt Moran en nombre y representación de D. Benigno contra Dña Antonieta DECLARO NO HABER LUGAR A LA MODIFICACIÓN PRETENDIDA, manteniendo la atribución de la guarda y custodia sobre el hijo menor, Cipriano , a la madre demandada Sra. Antonieta , tal y como vino en su día establecido en la Sentencia cuya modificación ha sido denegada, la cual rige con el resto de pronunciamientos en ella contenidos.

»Las costas causadas en la presente instancia deben ser impuestas a la parte demandada en virtud del criterio de vencimiento objetivo previsto en el artículo 394 de la Ley, y en base a las razones expuestas en el Fundamento Jurídico Tercero.

»Contra esta resolución cabe recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes a su notificación, que se interpondrá ante este Juzgado, y será resuelto por la lima. Audiencia Provincial.

»Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J ., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano n.º 3074, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.



»El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER, en la cuenta de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".

»En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

»Déjese testimonio de la presente Sentencia incorporado a la pieza de su razón, con inclusión del original en el Libro de resoluciones definitivas de este órgano».

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Benigno . La Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia con fecha 19 de enero de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación formulado por la Procuradora Sra. Montalt Moran en representación de Don Benigno contra la sentencia dictada por el Juzgado Civil nº 1 de Molina de Segura en el Juicio de Modificación de Medidas de guarda y custodia del hijo menor Cipriano , debemos REVOCAR la misma atribuyendo al padre la medida de guarda y custodia del citado hijo fijando en favor de la madre aquél régimen de estancias y comunicaciones que ésta y su hijo, de mutuo acuerdo, puedan adoptar en garantía del interés del menor. Asimismo se establece en concepto de pensión de alimentos en favor del hijo menor y con cargo a la progenitora no custodia la cantidad de 100€/mes que se devengará desde la fecha de presentación de la demanda, sin efectuar declaración sobre las costas de la instancia y tampoco sobre las de ésta alzada

»Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir al ser estimado el recurso».

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Antonieta con apoyo en los siguientes: Motivos.- Primero.- Infracción del artículo 218.2 . y 3 de la LEC , 326.1 y 2 LEC , 348 LEC y del art. 24 CE por incongruencia, falta de motivación de la sentencia y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Error en la valoración de la prueba.

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del art. 92 del Código Civil apartados 5, 6, y 8. Alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, atribuyendo la custodia al progenitor condenado por malos tratos. Segundo.- Infracción de los artículos 3 , 4 , 92 , 68 , 97 , 100 , 1116 y siguientes del CC , así como infracción de los artículos 2.9 y 11.2. de la Ley Orgánica de Protección del Menor , artículos 92 , 154 , 158 , 159 y 160 del Código Civil , artículo 9.3 de la Convención Universal sobre los Derechos del Niño y artículo 39.3. de la Constitución Española , por vulneración del favor filli o interés del menor, al no valorar la prueba practicada esencial como es el informe psicosocial, desoyendo la oposición del Ministerio Fiscal, con clara vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, generando indefensión e incongruencia.

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 29 de noviembre de 2017 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Adela Cano Lantero, en nombre y representación de don Benigno , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando. la estimación 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 21 de marzo de 2018, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Antonieta formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Lo que pretende en ambos es recuperar la custodia del hijo menor, de 15 años de edad, con síndrome de Asperger, que la sentencia atribuye al padre y que tenía antes de la modificación de la medida en virtud de la sentencia de divorcio. La custodia se resuelve a partir de una demanda formulada en un juicio de modificación de medidas, que fue desestimada en la 1.ª instancia y estimada en la 2.ª por un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el juicio de divorcio. Se justifica con el siguiente argumento:

«Hemos de valorar básicamente la decisión del hijo al respecto, máxime cuando dicho menor cuenta con la edad de 15 años, sin que la patología que presenta (síndrome de Asperger) constituya un impedimento u



obstáculo que permita cuestionar la verdadera voluntad del mismo o que la misma pueda resultar fácilmente influenciada. Téngase en cuenta que no consta acreditada esa alegada manipulación del menor por su padre y por tanto tampoco la existencia de un posible síndrome de alienación parental al respecto, que incluso la Dra. Psiquiatra Sra. Pura que se ocupa habitualmente de su tratamiento desde que el menor tenía 7 años, lo ha descartado en todo momento. Hemos de valorar asimismo que la citada enfermedad no incide directamente en una alteración de la capacidad intelectual de la persona, sino esencialmente en el ámbito de las relaciones sociales y en su capacidad de actuación al respecto.

»Por otro lado nos encontramos con otro hecho objetivo que, sin duda, permite corroborar el mantenimiento de la situación de guarda de hecho del menor que se viene desarrollando desde el mes de septiembre de 2014. Nos referimos a la permanencia, continuidad y estabilidad temporal de tal custodia de hecho, sin que conste, ni se haya acreditado dato o conducta negativa alguna que pudiera cuestionarla o en su caso que por su entidad, contraria al interés del menor, pudiera motivar la alteración o cambio de la actual custodia. Los informes médicos obrantes en los autos, y entre ellos el emitido por la psicóloga forense Dra. Salome, que el Tribunal valora conjuntamente con los demás medios de prueba, desoyendo así las alegaciones de nulidad del mismo que pretende el Sr. Benigno, no permiten sustentar que esa prolongada situación del menor conviviendo con su padre le resulte perjudicial o esté incidiendo negativamente en el superior interés del mismo.

»Por el contrario se ha acreditado médicamente que Cipriano se encuentra estable en su sintomatología y que se observa una favorable y buena evolución. Asimismo y desde el punto de vista escolar consta acreditado documentalmente una notable mejora del menor en su rendimiento académico, así como en su integración en el Instituto donde cursa sus estudios.

»Nos encontramos, por tanto, ante una favorable situación de hecho de Cipriano que goza de estabilidad y permanencia, al prolongarse ya durante más de dos años y que está afectando positivamente al denominado superior interés del mismo.

»En consecuencia procede otorgar carta de naturaleza a esta situación, regulándola legalmente mediante la atribución al padre de dicha medida de guarda y custodia. A través de este pronunciamiento no se cuestiona en modo alguno la indiscutible capacidad y aptitud de la madre Sra. Antonieta al respecto, pero consideramos, por las razones expuestas, en concreto por el superior interés del hijo, que debemos mantener la situación de hecho que se produce desde el año 2014. Valoramos su conducta de ponderación y equilibrio en relación con el menor, así como su directa implicación en su cuidado y atención, que entendemos se potenciará en mayor medida a través del sistema de comunicaciones y estancias más conveniente que, dada la edad de Cipriano, madre e hijo, de mutuo acuerdo, puedan adoptar».

**SEGUNDO.**- Con carácter previo se debe dar respuesta a la denuncia de la parte recurrida sobre incumplimiento del plazo de 20 días previsto en los artículos 470 y 470 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la interposición de ambos recursos, contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia.

En primer lugar, hubo aclaración de sentencia. El auto de pleno de 4 de octubre de 2011 dice lo siguiente: «la cuestión ha de resolverse a favor de entender que el plazo debe empezar a computar de nuevo desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración o rectificación, de conformidad con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, recogida en la STC 90/2010, de 15 de noviembre, al tenerse en cuenta que las resoluciones aclarada y aclaratoria se integran formando una unidad lógico-jurídica que no puede ser impugnada sino en su conjunto a través de los recursos que pudieran interponerse contra la resolución aclarada, por lo que "se ha entendido tradicionalmente que en la determinación del dies a quo para el cómputo del plazo de un recurso contra una resolución que ha sido objeto de aclaración se debe tomar necesariamente en consideración la fecha de la notificación aclaratoria", lo que se compadece con el tenor literal de los arts. 448.2 de la LEC y el art. 267.9 de la LOPJ, habiendo sido éste último objeto de reforma mediante Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, en la que se mantiene el criterio de iniciar el cómputo del plazo para el recurso desde la notificación del auto o decreto que acuerde o deniegue la aclaración, rectificación o complemento».

En segundo lugar, el auto por el que se procede a la aclaración fue remitido vía lexnet el día 7 de abril de 2017, entendiéndose notificado a la parte el día el 18 de abril, pero como era fiesta en Murcia el 18, se considera notificado el día 19 de mayo, por lo que comenzó nuevamente el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la notificación, pudiendo hacer uso el recurrente de la prerrogativa que concede el artículo 135.1 LEC y presentar el escrito de interposición hasta las 15 horas del día siguiente hábil, como así lo hizo, prenotándolos el 19 de mayo.

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**



**TERCERO.-** Se formula un único motivo en el que, sin alegar el apartado correspondiente del artículo 469.1, denuncia la infracción de los artículos 218.2 y 3, 326.1 y 2, y 348, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y 24 de la Constitución, por incongruencia, falta de motivación de la sentencia, vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y error en la valoración de la prueba, en referencia al informe psicosocial, puesto que, a su juicio, la sentencia recurrida no atiende a lo manifestado en dicho informe que se pronuncia en contra de atribuir la guarda y custodia al padre.

Se desestima.

En primer lugar, el recurso no cumple los requisitos previstos en el artículo 469 de la LEC, puesto que no cita el motivo que se considera infringido y en el que se funda el recurso, y en cuanto a la cita del artículo 24 CE se hace sin consideración alguna a la causa de una posible indefensión que, por otra parte, tampoco existe, por el hecho de que haya sido valorada una prueba en lugar de otra para obtener las pertinentes conclusiones que, en modo alguna, son arbitrarias, ilógicas o absurdas ni son, en definitiva, perjudiciales al interés del menor, conforme a la prueba que valora la sentencia.

#### **Recurso de casación.**

**CUARTO.-** Lo que se pretende en los dos primeros motivos es una revisión de los hechos que ha tenido en cuenta la sentencia a partir la cita de algunas sentencias de esta sala sobre la guarda y custodia compartida que no son de aplicación al caso, al no haberse resuelto un supuesto referido a este sistema de custodia; sin que la referencia a un episodio de violencia, en el que no está incurrido el demandante, y que ha sido ajeno a la motivación de las sentencias, tanto de la del juzgado, como de la Audiencia, sirva para adoptar una solución jurídica distinta.

El Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados, porqué razón altera el régimen de guarda y custodia, y como tal debe mantenerse. El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

**QUINTO.-** En el motivo tercero se sostiene la infracción de la doctrina de esta sala sobre la pensión de alimentos, alegando la existencia de interés casacional. Argumenta que la sentencia recurrida impone a la recurrente la obligación de pago de la pensión de alimentos con efectos retroactivos desde la interposición de la demanda, cuando hasta el dictado de la sentencia la obligación de pago de la pensión estaba impuesta al progenitor no custodio, de forma que no cambia al progenitor custodio sino al obligado a prestar los alimentos. Cita las sentencias de 3 de octubre de 2008, 24 de octubre de 2013, 18 de noviembre 2014 y 15 de junio de 2015, que se pronuncian en contra de la retroactividad de las cantidades reconocidas en concepto de pensión de alimentos por el carácter de consumibles y no reintegrables de manera que cada resolución despliega su eficacia en la fecha que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije los alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, pero no cuando, como sucede en este caso, se dicta en un procedimiento de modificación de medidas en el que se modifica el progenitor custodio y por tanto el obligado al pago.

Se desestima.

1. Como reiteramos en la sentencia 389/2015, de 23 de junio:

«(E)sta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional en las sentencias de 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014.

»Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaura por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía (...).

»En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio 2011, 26 de octubre 2011 y 4 de diciembre 2013, según la cual "(d)ebe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el art. 148.1 CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda". Sin duda esta regla podría tener excepciones cuando se acredita que el obligado al pago ha hecho frente a las cargas que comporta el matrimonio, incluidos los alimentos, hasta un determinado momento, con lo que, sin alterar esta doctrina, los efectos habrían de retrotraerse a un tiempo distinto, puesto que de otra forma se estarían pagando dos veces.

»En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, Rec. n° 1088/2013,



que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente". Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente».

2. No es este el caso. Los alimentos se instauran por primera vez a cargo del padre y en favor de un hijo que antes de la formulación de la demanda había pasado a convivir con su padre. Ello sitúa el pago en el primer caso y no en el segundo desde la fecha en que se interpuso la demanda iniciadora del proceso ( sentencia 696/2017, de 20 de diciembre ).

**SEGUNDO.**- La desestimación de ambos recursos, determina la imposición de las costas a la parte recurrente, tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos formulados por la representación legal de doña Antonieta , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de fecha 19 de enero de 2017 ; con expresa imposición de las costas a la recurrente

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.