



Roj: **STS 1790/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1790**

Id Cendoj: **28079110012017100270**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **476/2016**

Nº de Resolución: **288/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1690/2015,**  
**STS 1790/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 202/2015, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, dimanante de autos de juicio contencioso de familia, para modificación de medidas, núm. 1029/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada; recursos interpuestos ante la citada Audiencia por D. Leovigildo, representado por el procurador D. José Juan Peral Gómez, bajo la dirección letrada de D. José Luis Pérez Raya, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Beatriz Maestroarena Chaparro en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Carolina que a su vez es procuradora y se representa a sí misma ante este Tribunal, actuando bajo la dirección letrada de Dña. Marta García de la Mata Escudero y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-1.-** D. Leovigildo, representado por el procurador D. José Juan Peral Gómez y asistido del letrado D. José Luis Pérez Raya, interpuso demanda de juicio para modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio contra Dña. Carolina y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que disponga la modificación de medidas adoptadas en sentencia de divorcio de 17 de septiembre de 2007, dictada en autos de divorcio de mutuo acuerdo núm. 1741/2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Granada, sobre los siguientes extremos:

-Decretar custodia compartida de los menores Virgilio y Magdalena debiendo residir ambos menores en semanas alternas en el domicilio de uno y otro progenitor, sin perjuicio de que los padres puedan comunicar con los menores en cualquier momento por teléfono u otros medios telemáticos. El día de entrega será el domingo a las 20 horas en el domicilio del progenitor cuya custodia comience en la semana entrante, quedando facultados para la entrega los abuelos y tíos.

-En período no lectivo serán quincenas alternas en el domicilio de uno y otro progenitor, con idéntico tiempo y lugar de recogida de las menores.

-Se extingue la pensión de alimentos a cargo del padre y el régimen de visitas».



2.- El Ministerio Fiscal contestó a la demanda oponiéndose a la misma no aceptando los hechos no probados e interesando se le tenga por parte.

3.- La demandada Dña. Carolina contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. Isabel Aguayo López y bajo la dirección letrada de Dña. Paz Miranda Mazuecos, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que, en primer lugar, se desestime íntegramente la demanda interpuesta por el actor. Y en segundo lugar, se acuerde un aumento de la pensión de alimentos de la que son beneficiarios los menores con cargo al padre a la suma de 350.-€ mensuales por cada uno de ellos (750.-€ en total). Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Granada se dictó sentencia, con fecha 23 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Debo estimar y estimo la demanda formulada por la representación procesal de Leovigildo contra Carolina .

»Y en consecuencia:

»Primero.- Debo fijar y fijo un régimen de custodia compartida en los términos que siguen:

»- Semanas alternas para cada progenitor, siendo la recogida de los menores por los padres el viernes a la salida del centro educativo.

»- Una visita intersemanal, los miércoles, para el progenitor no custodio, desde la salida del centro educativo, hasta las 20 horas, siendo el padre quien los lleve en su caso al domicilio materno o los lleve al propio.

»- Períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa divididos por mitad para cada progenitor, vacaciones de verano divididas por quincenas alternas entre los meses de julio y agosto para cada progenitor.

»Segundo.- Dejando sin efecto la medida relativa a los alimentos de los menores fijada en la sentencia de divorcio en cuanto contribución del padre en la cantidad que se dicta; debo acordar y acuerdo que cada uno de los progenitores atenderán a las necesidades básicas de los menores mientras estén en su compañía, y para atender a lo que precisaren y en concreto en el centro escolar, cada uno de los progenitores ingresará en una cuenta corriente y como contribución a las necesidades de los menores, la cantidad de 200 euros por hijo y por mes. Y ello sin perjuicio de que además cualquier gasto extraordinario que los menores generen será atendido por los padres por mitad.

»No procede imposición de costas».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, con fecha 20 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Carolina contra la sentencia de veintitrés de octubre de dos mil catorce dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Granada en los autos de modificación de medidas núm. 1029/2013 seguidos a instancias de D. Leovigildo contra Dña. Carolina, revocando la demanda. Se imponen al demandante las costas de la primera instancia y no se hace condena de las devengadas en la alzada».

**TERCERO.-** Recibidos rollo de apelación y autos en esta Sala Primera del **Tribunal Supremo** se sustanciaron los recursos interpuestos.

1.- Por D. Leovigildo se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El extraordinario por infracción procesal basado en:

Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC. Infracción de norma procesal reguladora de la sentencia; arts. 216 y 218.1 de la LEC, en relación al art. 24 de la CE y jurisprudencia que la interpreta. Falta de motivación. Motivación extremadamente formal.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC. Infracción de norma procesal reguladora de la sentencia; arts. 216 y 218.1 de la LEC, en relación al art. 465.4 de la LEC y art. 24 de la CE. Incongruencia *extrapetita*. La sentencia no se pronuncia sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 469.1.3.º de la LEC. Infracción de normas legales que rigen las garantías del proceso que hubieren podido producir indefensión. Infracción del art. 433.3 al que remite el art. 753.2 y



a éste a su vez el art. 770.1, todos de la LEC ; la prohibición del cambio de las pretensiones hechas valer en primera instancia.

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 469.1.3.º de la LEC . Infracción de normas legales que rigen las garantías del proceso que hubieren podido producir indefensión. Infracción del art. 456.1 de la LEC y de la jurisprudencia que lo interpreta; el recurso de apelación debe ceñirse a las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia.

Motivo quinto.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC . Vulneración en el proceso civil del derecho fundamental a la prueba, reconocido en el art. 24 de la Constitución , y de la jurisprudencia que lo interpreta. La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilado a los peritos.

Motivo sexto.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC . Vulneración en el proceso civil del derecho fundamental a la prueba, reconocido en el art. 24 de la Constitución , la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica y absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

E interpuso recurso de casación basado en:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC . Infracción de la jurisprudencia sobre la custodia compartida, que complementa los arts. 92.5 , 92.6 , 92.8 y 92.9 del CC . Los hechos que tiene en cuenta la sentencia conducen a este régimen, según los criterios jurisprudenciales de custodia compartida.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC . Infracción de la jurisprudencia sobre protección del interés del menor, que complementa a los arts. 92.6 y 92.9 del CC . Es obligado valorar la prueba practicada en la comparecencia. El informe del equipo psicosocial, practicado en la comparecencia, destaca la necesidad de pasar los hijos más tiempo con el padre, por lo que, al ignorar la prueba pericial judicial, la sentencia no ha tenido en cuenta el interés del menor.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC . Infracción de la jurisprudencia sobre protección del interés del menor, que complementa los arts. 92.5 , 92.6 y 92.8 del CC en relación a los criterios para adoptar la medida de custodia compartida. La sentencia funda la custodia materna en uno de los criterios fijados por jurisprudencia para acordar la compartida.

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC . Infracción de la jurisprudencia sobre protección del interés del menor, que complementa al art. 92.8 del CC en la interpretación de la expresión «interés del menor», como concepto jurídico indeterminado. Las circunstancias personales de los progenitores son un factor determinante del interés del menor.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 30 de noviembre de 2016 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal a los mismos efectos.

**2.-** Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Carolina , en su propio nombre y representación, presentó escrito de oposición a los mismos, por su parte el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del recurso de casación.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 18 de abril de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Antecedentes* .

**1.-** La demanda.

- El demandante promueve el juicio de modificación de medidas acordadas en separación de mutuo acuerdo en el año 2003, ratificadas en la sentencia de divorcio en el año 2007.

- Solicita la fijación de un régimen de custodia compartida de los dos hijos menores ( NUM000 -01) y ( NUM001 -1999).

- Y solicita la extinción de la obligación del pago de pensión a los hijos.

**2.-** Oposición a la demanda.

Además de oponerse la madre a la demanda, el fiscal consideró que era adecuado mantener la situación existente por temer una difícil adaptación de uno de los hijos al nuevo régimen de custodia.



### 3.- La sentencia de primera instancia.

Estimó la demanda y fijó el régimen de custodia compartida, en semanas alternas (coincidiendo con lo recomendado por uno de los informes psicosociales).

### 4.- La sentencia de segunda instancia.

Estimó el recurso de apelación de la madre y, revocando la sentencia de primera instancia, desestimó la demanda.

Declara, en lo esencial, que:

- A juicio del Tribunal desde la sentencia de separación en el año 2003 hasta la demanda en el año 2012 no se ha producido un cambio de circunstancias susceptible de activar la modificación de las medidas acordadas.

- No se consideran relevantes la jubilación del padre, ni el trabajo de la madre, ni el crecimiento de los hijos.

- Se valora la buena relación de los hijos con los dos progenitores, el que los hijos no desean alterar la situación que hay y se exhorta a las partes a desarrollar un generoso régimen de visitas.

5.- Se interponen recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

6.- El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de casación.

### Recurso extraordinario por infracción procesal.

**SEGUNDO** .- *Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC . Infracción de norma procesal reguladora de la sentencia; arts. 216 y 218.1 de la LEC , en relación al art. 24 de la CE y jurisprudencia que la interpreta. Falta de motivación. Motivación extremadamente formal. Motivo quinto.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC . Vulneración en el proceso civil del derecho fundamental a la prueba, reconocido en el art. 24 de la Constitución , y de la jurisprudencia que lo interpreta. La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilado a los peritos. Motivo sexto.- Al amparo del art. 469.1.4.º de la LEC . Vulneración en el proceso civil del derecho fundamental a la prueba, reconocido en el art. 24 de la Constitución , la valoración probatoria efectuada en la sentencia recurrida es arbitraria, ilógica y absurda, en forma suficiente para estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.*

Se desestiman los motivos.

Alega el recurrente que en la sentencia recurrida no se hace mención del informe psicosocial.

Esta sala declara que ciertamente habría sido conveniente un examen más detallado de la prueba practicada, pero no por ello puede aceptarse que en la sentencia recurrida se ignorase el informe psicosocial, sino que se valoró en conjunto con las demás pruebas, reconociendo la propia parte recurrente que en la sentencia se ha valorado la buena relación de los hijos con los progenitores, extremo deducible del informe, por lo que no hay una valoración arbitraria de la prueba ( art. 24 de la Constitución ).

**TERCERO**.- *Motivo segundo. Al amparo del art. 469.1.2.º de la LEC . Infracción de norma procesal reguladora de la sentencia; arts. 216 y 218.1 de la LEC , en relación al art. 465.4 de la LEC y art. 24 de la CE . Incongruencia extrapetita. La sentencia no se pronuncia sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso.*

Se estima el motivo.

Se alega, que la demandada en el recurso de apelación solicitó la desestimación de la demanda y revocación de la sentencia del juzgado que accedía a la modificación de medidas, pero con una ampliación del régimen de visitas.

En la sentencia del juzgado se acordó la custodia compartida, extremo que se impugnó en el recurso de apelación, si bien en el mencionado recurso de apelación se aceptaba una ampliación del régimen de visitas en el siguiente sentido:

«Valorando todas las pruebas en su conjunto, vemos que es necesario revocar la resolución en este punto, y en beneficio de los hijos, mantener la custodia materna, sin perjuicio de acordar la ampliación del régimen de visitas paterno (antes restrictivo) que propuso en el acto de la vista el Ministerio Fiscal, y al que nos adherimos, y como consecuencia de todo ello, mantener la prestación alimenticia del padre a los hijos».

Consta que el Ministerio Fiscal en el acto del juicio solicitó que se ampliasen las «visitas los martes y jueves, de 17 a 20 horas, en la semana cuyo fin de semana no están con el padre».

De lo expuesto se deduce que la Sra. Carolina aceptó una ampliación del régimen de visitas, tanto en la fundamentación de su recurso de apelación como en el suplico, en el que se declaraba «...se sirva revocar la resolución en los términos expuestos en el cuerpo de este escrito». Por lo expuesto, en la sentencia recurrida



se incurre en infracción del art. 359 LEC (incongruencia), al negar aquello que acepta la parte demandada, sin base legal que lo justifique.

**CUARTO** .- *Motivo tercero.- Al amparo del art. 469.1.3.º de la LEC . Infracción de normas legales que rigen las garantías del proceso que hubieren podido producir indefensión. Infracción del art. 433.3 al que remite el art. 753.2 y a éste a su vez el art. 770.1, todos de la LEC ; la prohibición del cambio de las pretensiones hechas valer en primera instancia. Motivo cuarto.- Al amparo del art. 469.1.3.º de la LEC . Infracción de normas legales que rigen las garantías del proceso que hubieren podido producir indefensión. Infracción del art. 456.1 de la LEC y de la jurisprudencia que lo interpreta; el recurso de apelación debe ceñirse a las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia.*

Se desestiman los motivos.

Se alega por la parte recurrente que la parte demandada cambió en la apelación el contenido de su contestación a la demanda, al solicitar no solo que se accediese a la custodia materna, sino que aceptaba la ampliación del régimen de visitas del padre con los hijos.

Esta sala no entra en el análisis de estos motivos, dado que ya tuvieron la oportuna respuesta al contestar al motivo segundo.

#### **Recurso de casación.**

**QUINTO** .- *Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC . Infracción de la jurisprudencia sobre la custodia compartida, que complementa los arts. 92.5 , 92.6 , 92.8 y 92.9 del CC . Los hechos que tiene en cuenta la sentencia conducen a este régimen, según los criterios jurisprudenciales de custodia compartida. Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC . Infracción de la jurisprudencia sobre protección del interés del menor, que complementa a los arts. 92.6 y 92.9 del CC . Es obligado valorar la prueba practicada en la comparecencia. El informe del equipo psicosocial, practicado en la comparecencia, destaca la necesidad de pasar los hijos más tiempo con el padre, por lo que, al ignorar la prueba pericial judicial, la sentencia no ha tenido en cuenta el interés del menor. Motivo tercero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC . Infracción de la jurisprudencia sobre protección del interés del menor, que complementa los arts. 92.5 , 92.6 y 92.8 del CC en relación a los criterios para adoptar la medida de custodia compartida. La sentencia funda la custodia materna en uno de los criterios fijados por jurisprudencia para acordar la compartida. Motivo cuarto.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC . Infracción de la jurisprudencia sobre protección del interés del menor, que complementa al art. 92.8 del CC en la interpretación de la expresión «interés del menor», como concepto jurídico indeterminado. Las circunstancias personales de los progenitores son un factor determinante del interés del menor.*

El recurrente solicita que se confirme la sentencia del juzgado, en virtud de la cual se accedió al sistema de custodia compartida, al entender que con ello se protege el interés de los menores de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, unido a que ello fue lo propuesto en el informe psicosocial.

En la sentencia recurrida, como dijimos, se valoró el informe psicosocial y la exploración de los menores para llegar a la conclusión de que lo más favorable para ellos era permanecer con su madre, sin perjuicio de un amplio régimen de visitas, lo que no consta que sea contrario al interés de los menores, máxime si tenemos en cuenta su edad, próxima a la mayoría de edad ( art. 92 del C. Civil ), por lo que se han de desestimar estos motivos en cuanto se solicita la custodia compartida, al no infringirse la doctrina jurisprudencial ( sentencia 426/2013 de 17 de junio y 530/2015 de 25 de septiembre , entre otras).

**SEXTO** .- Dada la estimación del segundo motivo del recurso por infracción procesal y puesto en relación con lo argumentado en casación, procede acordar la ampliación de las visitas a los martes y jueves, de 17 a 20 horas, en la semana cuyo fin de semana no están con el padre.

**SÉPTIMO** .- No procede expresa imposición de costas en los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación ( arts. 394 y 398 LEC ).

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

#### **esta sala ha decidido**

**1.º**- Estimar parcialmente los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Leovigildo contra sentencia de 20 de noviembre de 2015, rollo de apelación núm. 202/2015, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada . **2.º**- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de ampliar el régimen de visitas a los martes y jueves, de 17 a 20 horas, en la semana cuyo fin de semana no están con el padre. **3.º**- No procede imposición de costas en la primera instancia. **4.º**- Se mantiene en los demás extremos la sentencia recurrida. **5.º**- No procede expresa imposición de costas en



los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ