



Roj: **STS 2510/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2510**

Id Cendoj: **28079110012017100378**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/06/2017**

Nº de Recurso: **2332/2016**

Nº de Resolución: **389/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 1143/2016,**  
**STS 2510/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 20 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 129/2016, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dimanante de autos de juicio de familia núm. 469/2015, cuyo objeto es la modificación de medidas, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lalín; recursos interpuestos ante la citada audiencia por D. Arturo, representado en primera y segunda instancia por el procurador D. Manuel Cean Garrido, bajo la dirección letrada de José López Fernández, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Justa, representada por la procuradora Dña. María José Blanco Mosquera, bajo la dirección letrada de Dña. Beatriz Catoira Mota y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-1.-** D. Arturo, representado por el procurador D. Manuel Cean Garrido, bajo la dirección letrada de D. José López Fernández, interpuso demanda de modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio posteriormente modificadas por medidas de mutuo acuerdo, contra Dña. Justa y con intervención del Ministerio Fiscal y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estimando la demanda de modificación de medidas definitivas, se declare:

»Primero.- Patria potestad, guarda y custodia: Respecto a las hijas comunes ambos progenitores compartirán la patria potestad; adjudicándose en modificación del régimen establecido la custodia de la menor Antonia al padre y continuando la madre con la custodia de la otra hija Lina.

»Estipulándose a favor del cónyuge no custodio, el siguiente régimen de visitas:

»Fines de semana: Alternas desde las 14,30 horas del viernes hasta las 22 horas del domingo.

»Vacaciones de Navidad: Desde las 12 horas del día 24 de diciembre hasta las 21 horas del día 30 de diciembre los años impares y desde las 21 horas del día 30 de diciembre hasta las 21 horas del día 6 de enero los años pares.



»Vacaciones de Semana Santa: Desde las 20 horas del viernes del comienzo de las vacaciones escolares hasta las 21 horas del miércoles los años impares, y desde las 12 horas del Jueves Santo hasta las 21 horas del Lunes de Pascua los años pares.

»Vacaciones de verano: Los años pares le corresponden el mes de agosto y los primeros siete días del mes de septiembre y los años impares le corresponden el mes de julio y los últimos siete días del mes de junio.

»Durante los períodos vacacionales no regirá el régimen del fin de semana. Las menores serán recogidas por el padre/madre en el domicilio materno/paterno y devueltas al mismo a cualquier persona responsable que se encuentre en dicho domicilio.

»El régimen ha de ejercerse de forma que durante las visitas y estancias exista convivencia entre los hermanos, esto es, la madre o el padre ejercerán alternativamente el régimen de visitas cuándo tengan en su domicilio al hijo custodio.

»Segundo.- Contribución a cargas familiares. Como contribución a la atención y alimentos de las hijas comunes se señala a cargo del padre/madre la cantidad de doscientos setenta y cinco euros al mes para cada hija que permanece en su custodia, lo que supone que por compensación no tengan nada que abonarse mutuamente ambos cónyuges mientras no varíen las circunstancias y necesidades de cada hija. Además el padre/madre no custodio contribuirá a la mitad de los gastos extraordinarios que generen sus hijas, entendiendo como tales los gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, actividades extra-escolares, gastos que excedan de la escolarización corriente, previa comunicación y justificación.

»Tercero.- La obligación y condena de la demandada a pagar las costas procesales, si se opusiere».

**2.-** El fiscal contestó a la demanda (en gallego) exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que supuso convenientes solicitando:

«Dite sentenza ao abeiro do resultado que ofrezan as probas practicadas».

**3.-** La demandada Dña. Justa contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. María José Blanco Mosquera y bajo la dirección letrada de Dña. Beatriz Catoira Mota, opuso los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Desestimando en todos sus pedimentos la demanda rectora, con imposición de costas a la parte actora».

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lalín se dictó sentencia, con fecha 28 de enero de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando parcialmente la demanda presentada a instancia del Procurador Sr. Cean Garrido, en nombre y representación de Arturo, defendidos por el Letrado Sr López Fernández, contra Justa, representado por el procurador Sra. Blanco Mosquera y asistido del letrado Sra. Catoira Mota e interviniendo el Ministerio Fiscal debo acordar y acuerdo:

»1.- Se atribuye a Arturo la guarda y custodia de la hija menor Antonia; si bien la patria potestad será compartida por ambos progenitores, por lo que, para decidir la residencia habitual o sacar al menor del territorio nacional será necesario el consentimiento de ambos cónyuges.

»2.- El régimen de comunicación de la madre con Antonia será el que pacten y en su defecto se atenderán al régimen fijado para el padre en la sentencia de la modificación de medidas 159/2012 debiendo concertar los regímenes de las hermanas para que permanezcan juntas durante fines de semana y vacaciones.

»Los padres podrán acordar de mutuo acuerdo variaciones en el régimen de visitas siempre que se respete el interés de las menores y se establezca por escrito.

»3.- Justa deberá pagar una pensión de alimentos a favor de la menor Antonia de 120.-? mensuales (Dicha cantidad deberá abonarse en la cuenta que a tal efecto se señale, en 12 mensualidades, los cinco primeros días de cada mes, y actualizarse con efectos de 1 de enero de cada año, de conformidad con el incremento experimentado por el índice de precios al consumo y publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en su caso pudiera sustituirle.

»4.- Ambos progenitores abonarán al 50% los gastos extraordinarios que pudieren producirse en la vida de los menores. Tendrá la consideración de gasto extraordinario cualquier gasto escolar, realizado por ambos progenitores o por uno de ellos con autorización judicial así como intervenciones quirúrgicas, prótesis, enfermedad, ...no cubiertas por el seguro sanitario. No tendrán la consideración de gasto extraordinario los libros, uniforme y material escolar. Dichos gastos deberán estar suficientemente acreditados, debiendo



ser autorizados los gastos por el juzgado en caso de discrepancia entre los padres. Se advierte a ambos progenitores, que cualquier gasto extraordinario que se realice sin consentimiento del otro progenitor o en su defecto autorización judicial, no permitirá reclamarle su importe vía demanda ejecutiva.

»Dada la naturaleza del presente procedimiento no procede realizar pronunciamiento en cuanto a las costas procesales».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia, con fecha 31 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.<sup>a</sup> Justa y con revocación de la sentencia apelada dejamos si efecto la modificación de medidas que acuerda y en su lugar establecemos el régimen de custodia compartida siguiente.

»1.- La custodia será por períodos semanales desde el lunes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente a la entrada en el centro educativo. En ambos casos a las 12 horas si el lunes fuera festivo o no lectivo.

»Será tarea del progenitor al que corresponda la semana de estancia con la menor recogerla del colegio o de la casa del otro progenitor y llevarla al colegio o casa al terminar la estancia.

»2.- En Semana Santa la menor estará con el progenitor al que le corresponda estar con él hasta el miércoles a las 18 horas, en que pasará a estar con el otro hasta el Domingo de Resurrección.

»3.- En verano se repartirán los periodos vacacionales por mitad, eligiendo el padre en los años pares y la madre en los impares.

»4.- En Navidad, la hija estará con el padre los años pares y la primera mitad desde el comienzo de vacaciones oficiales hasta las 18 horas del 31 de diciembre, en que pasará a estar con la madre hasta el reintegro al centro escolar.

»En cuanto a los alimentos cada progenitor los afrontará en los períodos en que tenga la custodia del menor. Serán por mitad los del inicio del curso escolar (libros, material escolar, chándal, uniforme) y los extraordinarios (médico-farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, clases de apoyo escolar que necesite y actividades extraescolares consensuadas).

»No se hace imposición expresa de costas a ninguna de las instancias».

**TERCERO.- 1.-** Por D. Arturo se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso por infracción procesal basado en un motivo único.- Al amparo del art. 469.1.2.º por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del art. 24 de la Constitución por falta de motivación de la sentencia, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El recurso de casación basado en un único motivo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º en relación al art. 477.3 de la LEC , fundamentándose el mismo en infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y presentar el recurso interés casacional. Infracción del art. 92.5.6 y 8 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta y aplica ( SSTS 623/2009 ; 579/2011 y 323/2012 entre otras), en relación al art. 39.4 de la Constitución , Convención sobre los Derechos del Niño y Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, en cuanto contraviene el interés de la menor Antonia .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 1 de marzo de 2017 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María José Blanco Mosquera, en nombre y representación de Dña. Justa , y por su parte el Ministerio Fiscal presentaron escrito de oposición a ambos solicitando el mantenimiento de la sentencia de la audiencia. La recurrida aporta prueba documental con la oposición.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 13 de junio de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .- Antecedentes .**



Por D. Arturo , hoy recurrente, se interpuso demanda de modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio que atribuían la guarda y custodia de las dos hijas comunes a la madre.

En esta demanda el padre interesa que se le otorgue la guarda y custodia de una de sus hijas ( Antonia , nacida el NUM000 - 2003), con las consiguientes medidas complementarias, basándose en que ese es el deseo de la menor. Del mismo matrimonio también nació y vive Lina ( NUM001 -1999).

La demandada se opuso.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y atribuyó al demandante la guarda y custodia de la hija menor.

Contra la anterior sentencia la demandada interpuso recurso de apelación que fue resuelto por sentencia de 31 de mayo de 2016 .

La Audiencia revocó la sentencia apelada, deja sin efecto la modificación de medidas que en ella se acuerda y, en su lugar, estableció el régimen de custodia compartida.

La Audiencia razona que no concurre en este caso la alteración sustancial de circunstancias que se exige legalmente para acceder a una modificación de medidas como la solicitada, que, como el padre demandante reconoce, la única razón de su demanda es que se lo pide la hija sin referir ningún otro motivo para hacerlo. No justifica ni posibles problemas en la convivencia con la madre ni tampoco futuras mejoras con el cambio de custodia, por lo que no existe más beneficio para la menor que la expresión de su voluntad; y que ni siquiera consta probado que el nuevo régimen sea realmente más beneficioso para la menor, pues no se ha practicado al efecto un informe pericial que así lo determine con criterio objetivo más completo que el estrictamente subjetivo de una niña.

Considera la Audiencia que, sin embargo, este deseo firme de la hija, constatado en la exploración judicial, no es irrelevante, pues afecta de forma decisiva a las relaciones de la hija con su madre y con su padre. Y se trata de una situación de hecho que desde el punto de vista jurídico ha sido objeto de una progresiva revisión por el Tribunal Supremo que, partiendo de una postura más restrictiva respecto al art. 92 CC , ha evolucionado hasta consolidar en casos como el presente el régimen de custodia compartida.

La Audiencia concluye que, con base en esta doctrina, atendiendo al interés de ambos padres, con igual capacidad para atender a la hija, y siguiendo la propuesta del Ministerio Fiscal, aunque sea de forma subsidiaria, procede revocar la sentencia que modifica la medida de guarda y custodia y sustituirla por una custodia compartida de los dos padres sobre la hija.

El demandante apelado ha interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en la modalidad de interés casacional.

El recurso extraordinario por infracción procesal contiene un único motivo, al amparo del art. 469.1.2.º, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. El recurso se funda en la infracción del art. 218 LEC (por error dice 18.2 LEC ) y del art. 24 CE por falta de motivación de la sentencia, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Argumenta que la sentencia de apelación modifica el régimen de custodia establecido en la sentencia de instancia a favor del padre en razón al principio del *favor filii*, e instaura en su lugar el régimen de custodia compartida que no había solicitado ninguno de los progenitores, atendiendo únicamente al interés de ambos padres y no al principio de protección del interés de la menor, siguiendo la propuesta subsidiaria del Ministerio Fiscal, que dijo en su informe que la mala relación entre los padres imposibilita la instauración del régimen de custodia compartida, y solicitaba de forma principal que se mantuviera la guarda y custodia acordada a favor del padre al responder al interés superior de la menor.

El recurso de casación contiene un único motivo, que se funda en la infracción del art. 92.5.6 y 8 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta y aplica (entre otras, SSTS 623/2009 , 579/2011 y 323/2012 ), en relación al art. 39.4 CE , Convención sobre los Derechos del Niño y Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, en cuanto contraviene el interés de la menor.

Se argumenta que la resolución recurrida, al establecer el régimen de custodia compartida, vulneró la doctrina establecida por la sala en las sentencias citadas, al no darse los requisitos necesarios para el establecimiento de tal custodia y contravenir el principio del *favor filii* o interés del menor.

El Ministerio Fiscal ante esta sala solicitó la confirmación de la sentencia y la desestimación de los recursos por infracción procesal y de casación.



**SEGUNDO** .- No procede la admisión de la prueba aportada por la recurrida, dado que no sustenta una infracción procesal ( art. 471.2 LEC )

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal**

**TERCERO** .- Motivo único. Al amparo del art. 469.1.2.º por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Infracción del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del art. 24 de la Constitución por falta de motivación de la sentencia, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Se desestima el motivo.

Se alega falta de motivación en la sentencia recurrida, y se opone que no fundamenta la instauración del sistema de custodia compartida y que ninguno de los progenitores la había solicitado.

**CUARTO** .- *Decisión de la sala* .

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida consta en el FDD segundo lo siguiente:

«Alega el recurso error en la apreciación de la prueba practicada y ciertamente no concurren en este caso la alteración sustancial de circunstancias que se exige legalmente para acceder a una modificación de medidas como la solicitada.

»El mismo padre demandante reconoce que la única razón de su demanda es que se lo pide la hija sin referir ningún otro motivo para hacerlo. No justifica ni posibles problemas en la convivencia con la madre ni tampoco futuras mejoras con el cambio de custodia, por lo que no existe más beneficio para la menor que la expresión de su voluntad. Se puede apreciar la permanencia de este deseo pero finalmente se deduce que es simplemente una mayor comodidad, como concluye la juez a quo en el mismo fundamento en el que también destaca que ambos progenitores están por igual capacitados para atender a la menor. Ante esta situación atiende al deseo de la menor pero esto no supone que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias precedentes. Hubiera sido un buen criterio inicial, pero no bastante para modificarlo.

»Ni siquiera consta probado que el nuevo régimen sea realmente el más beneficioso para la menor, pues no se ha practicado al efecto un informe pericial que así lo determine con criterio objetivo, más completo que el estrictamente subjetivo de una niña».

De este fundamento jurídico se deduce motivación suficiente para conocer cuál es la razón fáctica que sirve de fundamento para la decisión jurídica.

Igualmente en el FDD jurídico tercero de la sentencia recurrida se reconoce que la exploración de la menor no es irrelevante y siguiendo la propuesta subsidiaria del fiscal, acuerda la custodia compartida al entender que es la solución más acorde con el interés de la menor. También hace referencia a la existencia de otra hermana, cuya custodia no es objeto de litigio.

Todos estos datos nos permiten entender que se ha motivado suficientemente la resolución recurrida en cuanto permite conocer las causas de la decisión tanto para que lo comprendan las partes, como para facilitar el control de la sentencia por parte de este Tribunal Supremo ( art. 218 LEC y art. 24 de la Constitución ).

#### **Recurso de casación**

**QUINTO** .- Motivo único. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º en relación al art. 477.3 de la LEC , fundamentándose el mismo en infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y presentar el recurso interés casacional. Infracción del art. 92.5.6 y 8 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta y aplica ( SSTS 623/2009 ; 579/2011 y 323/2012 entre otras), en relación al art. 39.4 de la Constitución , Convención sobre los Derechos del Niño y Ley Orgánica 1/96 de Protección Jurídica del Menor, en cuanto contraviene el interés de la menor Antonia .

Se argumenta que la resolución recurrida, al establecer el régimen de custodia compartida, vulneró la doctrina establecida por la sala en las sentencia citadas al no darse los requisitos necesarios para el establecimiento de tal custodia y contravenir el principio del *favor filii* o interés del menor.

Añadió el recurrente que ninguno de los progenitores la solicitó y que la mala relación entre los progenitores la desaconsejaban.

**SEXTO** .- *Decisión de la sala* .

Se estima el motivo.



De acuerdo con la sentencia 400/ 2016, de 15 de junio , entre otras, para la adopción de la custodia compartida es necesario que la solicite uno de los dos progenitores y ello porque se precisa una decisión razonada de los progenitores que garantice el éxito de la institución en beneficio de los hijos, los que precisan de la colaboración de sus progenitores en orden a una armoniosa convivencia.

En este caso, al no haberlo solicitado en la instancia, más que el fiscal como petición subsidiaria, no podemos aceptar la custodia compartida establecida en la sentencia de la Audiencia Provincial, máxime cuando el propio fiscal al oponerse al recurso de apelación alegaba que existía una nula relación entre los padres que imposibilitaba la guarda y custodia compartida.

Sin duda, el fiscal como defensor del principio de legalidad y en interés del menor, tiene un papel esencial en todo lo relativo a la custodia de los menores, pero no hasta el punto de suplir una decisión que solo se puede adoptar voluntariamente, sin coacción procesal, pues esa actitud personal positiva hacia la custodia compartida es la que puede facilitar su desarrollo, y en este caso ni se solicitó ni consta la existencia de un mínimo de diálogo que permita la adopción consensuada de las medidas que exijan los avatares de la educación de la menor.

**SÉPTIMO** .- Estimado el motivo y el recurso de casación, esta sala ha de asumir la instancia y constituyéndose en tribunal de apelación, debe confirmar lo acordado en la sentencia del juzgado dado que:

1. Se tuvo en cuenta la exploración de la menor.
2. Como alega el fiscal el testimonio de la menor no fue irreflexivo, caprichoso ni motivado por una mayor permisividad del padre.
3. Añade el fiscal, que el deseo de la menor de vivir con el padre ha sido madurado a lo largo del tiempo y se basa en la mayor sintonía o entendimiento con el padre.
4. Se reconoce en la sentencia una igual capacidad de los padres.
5. La decisión de la menor se basa en la mayor comprensión del padre, sin perjuicio de que mostró el cariño por su madre, con la cual no encaja por su carácter.
6. El sistema fijado por el juzgado tiene en cuenta que los fines de semana y vacaciones se determinarán para que las hermanas estén juntas.

Es más, en la propia sentencia recurrida se declara por la Audiencia Provincial que el deseo firme de la menor no es irrelevante y ello motiva que en la resolución recurrida se adoptase la custodia compartida, pese a que no se solicitó por los progenitores, pero ello fue motivado, sin duda, porque el tribunal de apelación consideró que la situación actual era insostenible.

Por lo expuesto procede casar la sentencia recurrida, confirmando en todos sus extremos la sentencia de 28 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Lalín en el procedimiento 469/2015.

Lo expuesto se resuelve sin perjuicio de lo que los progenitores, de común acuerdo, puedan pactar en beneficio de la menor, la que siempre resultará beneficiada de un contacto equilibrado y próximo con padre, madre y hermana (muy próxima a los 18 años).

**OCTAVO** .- Se imponen al recurrente las costas del recurso por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para este recurso ( arts. 394 y 398 LEC ).

No procede imposición en las costas de la casación, con devolución del depósito constituido para este recurso.

No procede imposición de costas en la primera y segunda instancia.

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

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por D. Arturo contra sentencia de 31 de mayo de 2016, dictada en recurso de apelación n.º 129/2016, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra . 2.º- Casar la sentencia recurrida, confirmando en todos sus extremos la sentencia de 28 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Lalín , dictada en el procedimiento 469/2015. 3.º- Se imponen al recurrente las costas del recurso por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para este recurso. 4.º- No procede imposición en las costas de la casación, con devolución del depósito constituido para este recurso. 5.º- No procede imposición de costas en la primera y segunda instancia. 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