



Roj: **STS 3747/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3747**

Id Cendoj: **28079110012017100542**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/10/2017**

Nº de Recurso: **3104/2015**

Nº de Resolución: **572/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 13022/2015,**
STS 3747/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 23 de octubre de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas n.º 3/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 79 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Africa , representada ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, siendo parte recurrida don Higinio , representado por la procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Ortiz Cornago. 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.- 1.º- El procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de doña Africa , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra Higinio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Que se establezca que cuando coincida el régimen de visitas ordinario con el disfrute de vacaciones con el padre, la siguiente visita correspondiente al régimen ordinario de visitas, se hará desplazándose el padre a Madrid.

»Subsidiariamente, interesa que se establezca como medida que cuando la coincidencia del período vacacional con la mensual a Lisboa implique mas de un desplazamiento a Portugal al mes, la visita posterior al periodo vacacional se hará en Madrid, estableciendo la limitación general de que los menores solo habrán de viajar a Portugal, incluido el periodo vacacional y las visitas mensuales, una sola vez al mes.

»b) Que la recogida de los menores durante los fines de semana en que la visita del padre tiene lugar en Madrid, se realizará a las 18 horas en el domicilio habitual de los menores, sito en la CALLE000 , nº NUM000 de Madrid.

»c) Que la devolución de los menores el fin de semana en el que la visita se realice en Madrid, tendrá lugar el lunes a las 21 horas en el domicilio habitual de los menores sito en la CALLE000 , nº NUM000 . NUM001 de Madrid.

»d) Que se declare que cuando el Sr. Higinio se encuentre en Madrid en días laborables escolares, deberá respetar las actividades habituales extraescolares de los menores, y asumir las obligaciones referidas al cuidado de los hijos, como la asistencia médica».



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 María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de don Higinio , 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 acuerde la desestimación completa de la demanda interpuesta de contrario con expresa condena en costas».

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 79 de Madrid, dictó sentencia con fecha 24 de Junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que desestimando la demanda interpuesta por el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de doña Africa frente a don Higinio representado por el procurador doña Carmen Ortiz Cornago y debo declarar y declaro no haber lugar a la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio dictada por este juzgado con fecha 26 de diciembre de 2012 , recaída en autos nº 868/2011.

»Estimando parcialmente lo solicitado por el Ministerio Fiscal se acuerda lo siguiente:

»Se fija un horario de entrega y recogida, de manera que cuando los niños sean entregados en el domicilio paterno en Lisboa, deberán ser entregados antes de la 22 horas de Portugal del viernes o en caso de que fuera puente escolar o festivo unido al fin de semana desde la noche de inicio del mismo a esa hora y deberán ser recogidos de dicho domicilio los domingos o en caso de que fuera puente escolar o festivo unido al fin de semana a las 16,30 horas de Portugal de finalización del mismo. De oficio y en beneficio de los menores se acuerda:

»Que cuando el padre esté en Madrid, pueda delegar en persona de su confianza, que se traslade al domicilio de la madre a recoger lo que necesiten los menores, debiendo ésta entregárselo personalmente o por medio de la cuidadora o persona que considere adecuada en cada momento.

»Todo ello sin expresa condena en costas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Africa . La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 11 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por doña Africa frente a la sentencia de fecha 24 de junio de 2.014 , recaída en autos de modificación de medidas seguidos bajo el número 3/2014 contra don Higinio , ante el Juzgado de Primera Instancia número 79 de los de Madrid, debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS íntegramente mentada resolución, condenando a la apelante al pago de las costas de la alzada.

»Deberá darse legal destino al depósito constituido para recurrir en apelación».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Africa con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo del art. 469. 1. 2º de la LEC por infracción del art. 218 de la LEC y 24.1 CE , por incurrir la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en incongruencia omisiva. Segundo.- Al amparo del art. 469.1. 3 º y 4º de la LEC se reproducen las infracciones anteriores y se dice que se vulnera el art. 24 CE .

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos. Primero.- Al amparo del art. 477. 2. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por existencia de interés casacional.

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

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de don Higinio , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 4 de octubre de 2017, en que tuvo lugar



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Africa promovió demanda sobre modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio dictada el día 26 de octubre de 2012, modificada en sentencia de apelación de 26 de junio de 2013, y que, en lo que ahora interesa, se refiere a un aspecto concreto relativo al régimen de comunicaciones y estancias de los hijos con su padre, y que concreta en el suplico del recurso de casación de la siguiente forma:

«concluidos los periodos vacacionales, el siguiente fin de semana le corresponderá al progenitor que no haya tenido a los hijos en el último periodo vacacional y así de forma sucesiva y alterna "en beneficio de los menores"...

»y se establezca que los menores no deberán realizar más que un solo desplazamiento a Lisboa en un mes».

La demanda se desestimó en ambas instancias por lo que las medidas continúan vigentes salvo la modificación introducida a instancia del Ministerio Fiscal que es del tenor literal siguiente:

«Se fija un horario de entrega y recogida, de manera que cuando los niños sean entregados en el domicilio paterno en Lisboa, deberán ser entregados antes de la 22 horas de Portugal del viernes o en caso de que fuera puente escolar o festivo unido al fin de semana desde la noche de inicio del mismo a esa hora y deberán ser recogidos de dicho domicilio los domingos o en caso de que fuera puente escolar o festivo unido al fin de semana a las 16,30 horas de Portugal de finalización del mismo».

La demanda se desestima porque:

«lo pretendido por D^a. Africa en su demanda y en su escrito de recurso, no se solicita en beneficio de sus hijos, sino en el exclusivo de esta madre, de su comodidad, descanso, criterio particular, opinión, o razones de oportunidad...etc., que no redundan en pro de los niños, a cuyo superior interés han de quedar subordinadas.

»Coincide la Sala con la dirección letrada de adverso en que no es otra cosa lo pretendido por la recurrente demandante, que revisar por esta vía impropia de modificación de medidas lo resuelto en la sentencia de divorcio de 26 de octubre de 2.011, parcialmente revocada por la de 25 de junio de 2.013, tan solo 6 meses antes de la interpelación judicial, breve arco cronológico poco propicio a variaciones sustanciales de circunstancias, pues no resulta razonable, salvo concurrencia de circunstancias excepcionales, que las relaciones personales fundadas en una base familiar, con el complejo entramado de circunstancias afectivas singulares de cada una de las personas implicadas y las puramente relacionales, en el periodo dicho se vean alteradas de forma esencial...».

En relación a los horarios de entrega y recogida en Lisboa descarta que el actuar del órgano judicial haya ocasionado indefensión a la apelante:

«y de ello es muestra clara el presente recurso de apelación, en el que, reiteramos, no se suplica de la Sala la anulación de las actuaciones, o de parte de ellas, para su retroacción a momento procesal alguno, lo que no deja de ser sintomático, recordando que la indefensión que la Constitución proscribe en su artículo 24.1 no nace de la sola y simple infracción de las reglas procesales por parte del órgano judicial, pues el quebrantamiento de la legalidad no provoca sin más y en todo caso la eliminación o disminución sustancial de los derechos que correspondan a las partes en razón a su posición propia en el proceso ni, en consecuencia, la indefensión, no pudiendo sostener una alegación constitucional de esta naturaleza, quien con su propio comportamiento omisivo o falta de la necesaria diligencia, es el causante de la limitación de los medios de defensa en que se hubiera podido incurrir (SSTC 11-3, 13-5 y 17-6-1.987, entre otras muchas) ».

Pero es que, además, añade:

«Dado que la materia afecta a menores de edad, como antes se dijo, nos encontramos en presencia de una cuestión de orden público, *ius cogens* o derecho necesario, en la que no viene el Juez ni el Tribunal vinculado por el rigor propio de los principios dispositivo y de rogación (artículo 216 de la L.E.Civil), de congruencia (artículo 218 de la misma), de contradicción e igualdad de armas en el proceso que inspiran nuestro ordenamiento formal, sino que están facultados para adoptar las medidas más adecuadas a los niños, aun cuando no hayan sido siquiera interesadas por ninguno de los litigantes.

»Ello conduce al rechazo de todas las alegaciones vertidas en el escrito de recurso, máxime cuando no se advierte irracionalidad en el establecimiento de los horarios, absolutamente modulados y prudentes, cuales son las 22:00 horas de los viernes y las 16:30 horas de los domingos, en huso horario de Portugal....

»En definitiva, la sentencia de instancia es por completo correcta, modulada, sensible, razonable, cautelosa y prudente, así como acorde al artículo 94 del Código Civil, y al *bonum filii*, por lo que ha de ser confirmada, con la anunciada desestimación del recurso, en cuanto se ha dado prioridad al superior beneficio e interés de los hijos frente al de sus progenitores.



»Para concluir, y a mayor abundamiento, es muestra clara de la modulación de la decisión de instancia, el hecho de que el Ministerio Fiscal, quien interviene necesariamente en este tipo de procesos por afectar a menores de edad (artículo 749.2 de la L.E.Civil), en cuyo exclusivo beneficio, por cierto, lo hace, con total imparcialidad y objetividad, en su escrito de fecha 10 de septiembre de 2.014, de oposición al recurso, en igual línea que en el del anterior 11 de junio, postula se mantengan las visitas en los términos acordados, por entender, sin duda, que así quedan amparados suficientemente los intereses superiores de Carlos Alberto y Sofía».

Doña Africa formula un doble recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- El recurso tiene que ver con este último pronunciamiento introducido en la sentencia a instancia del Ministerio Fiscal y con la incongruencia de la sentencia al no responder a la totalidad de las cuestiones sustanciales introducidas en la demanda y en el recurso de apelación referidas a cómo ha de interpretarse el régimen de visitas mensual cuando se solapan el periodo vacacional que corresponde al padre y la visita mensual.

Se desestima por lo siguiente:

1.º- Dado que para determinar si una sentencia es incongruente se ha de acudir al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido, estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer el referido ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, con el límite del respeto a la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras, constituye, en particular, doctrina jurisprudencial que no hay incongruencia omisiva cuando el silencio judicial puede, razonablemente, interpretarse como desestimación implícita (sentencia 749/2012, de 4 de diciembre). De forma que la respuesta judicial solo es incongruente por falta de argumentación concreta acerca de una cuestión cuando «no cabe entender que hay una desestimación implícita derivada claramente de lo razonado en el cuerpo de la resolución» (sentencia 249/2008 . de 1 de abril y 588/2010 de 29 de septiembre). También se ha declarado que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito (sentencias 625/2016, de 24 de octubre ; 234/2016, de 8 de abril , entre otras).

2.º- La sentencia da respuesta a todo lo que se plantea, otra cosa es que la respuesta no sea la esperada, y lo hace con una argumentación global que tiene como fundamento no solo la extemporaneidad del cambio interesado, sino el beneficio de los hijos, no coincidente con el de su madre, pues así se infiere de afirmaciones tales como que la frecuencia de los viajes, aspecto que se planteaba:

«no supone inconveniente serio, cuando son salvables en tan solo hora y media, en cualquier caso, sopesado el posible que suponga con el beneficio que reporta a la fluidez de la relación paterna, pesa más éste que aquél en la balanza» y que «desde lo general, el sistema de comunicaciones paterno filiales combatido, responde a la finalidad de garantizar el mantenimiento del afecto y apego de estos niños a la figura paterna», por lo que debe temerse en cuenta que «los regímenes de visitas se fijan en el ámbito judicial siempre desde lo general, esto es, de lo que se considera beneficioso para la mayoría de las familias, en aras a asegurar el mantenimiento del vínculo con el no custodio, siendo en todo caso de mínimos, o lo que es lo mismo, se regula lo indispensable al fin dicho, sin judicializar la totalidad de la problemática, ni hacerla extensiva a todos, a cada uno y a los más nimios detalles».

3.º- Cualquier vulneración de las normas procesales en la tramitación del proceso, sería determinante de la nulidad siempre que el actuar del órgano judicial hubiera ocasionado indefensión a una de las partes. Ocurre que aquello que califica de incorrecta continuación de la vista oral, ha sido objeto de una respuesta motivada que no contraría el interés de los menores; valoración que es además propia del recurso de casación, desde la idea de que lo que se está cuestionando, y se ha cuestionado en el recurso de apelación, no es tanto la nulidad de las actuaciones procesales determinantes de la indefensión denunciada, cuanto la irrazonabilidad de los horarios de entrega y recogida de los niños en Portugal por ser contrario a los intereses de los menores y totalmente incompatible con la jornada escolar, como el de la salida de los viajes en automóvil a las 16,30 horas (17.30 horas en España).

Recurso de casación.

TERCERO.- Se formula un único motivo por existencia de interés casacional, amparado en la doctrina de esta sala en las sentencias de 28 de septiembre de 2008 , 10 de enero de 2013 y, especialmente, en la de 26 de mayo de 2014 , que es la única que desarrolla, además de la infracción de los artículos 39 CE y artículo 92 del Código Civil , y diversas sentencias de Audiencias Provinciales en la respuesta que han dado sobre la forma de proceder cuando concluye el periodo vacacional y el siguiente fin de semana corresponde al progenitor que no haya tenido a los hijos este último periodo.



Se desestima.

El recurso se articula a modo de un escrito de alegaciones más propio de un recurso de apelación que de casación y, se justifica a partir de una sentencia que nada tiene que ver con el caso debatido, como es la de 26 de mayo de 2014 , sobre el reparto de cargas entre los padres en los supuestos de traslado y retorno al menor del domicilio en la que se deja al margen aquellas "situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables".

Y es lo cierto que el recurso es ajeno a las cargas económicas o de otra índole en la recogida y entrega de los hijos, especialmente en lo que se refiere al periodo vacacional, y poco tiene que ver con los horarios de entrega y recogida de los niños en Portugal. Tampoco el interés casacional deriva de las sentencias que se citan de Audiencias Provinciales, mezclando en un mismo motivo el interés que resulta de la oposición a la jurisprudencia de esta sala y la contradicción en la jurisprudencia de Audiencias Provinciales, que se pronuncia en función de los casos concretos que analiza.

Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (sentencias 579/2011, de 22 julio ; 578/2011, de 21 julio y 641/2011, de 27 septiembre , 167/2015, de 18 de marzo de 2015 , 446/2015, de 17 de julio . entre otras).

El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos ni la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando, como aquí sucede, los criterios utilizados no son contrarios al interés de los hijos, sino en beneficio e interés de quien pretende acomodar a su conveniencia los desplazamientos. El interés de los menores, de 15 y 10 años de edad, se halla protegido en el momento en que se comprueba que el padre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia y que cualquier limitación -pocos meses después de haberse acordado las medidas- como la que se pretende sobre la realización de un solo viaje el mes a Lisboa, no se evidencia que sea favorable a este interés, como tampoco lo es el régimen de entregas y recogidas que se incorpora a las medidas por iniciativa del Ministerio Fiscal.

Entrar en el detalle o cuestionar por simple criterio lo resuelto no es propio de esta sala, cuando no se justifica ningún cambio objetivo en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para fijar la visita mensual a realizar a Lisboa. El cambio de medida pretendido no es esencial, ni existe imprevisibilidad en las circunstancias con las que se trata de justificar. Pero es que, además, no está en cuestión la economía de las partes; el viaje en automóvil es una de las posibilidades que tienen las partes para desplazar a los hijos; no se han planteado alternativas al horario propuesto y, finalmente, no se han sondeado otras posibles formas de desplazamiento como es, en su caso, el servicio ofertado con normalidad por todas las compañías aéreas que permite facilitar esa estancia de menores con ambos progenitores cuando estos residen en países distantes entre sí, como es el caso, a que se refiere la sentencia 301/2017, de 16 de mayo .

CUARTO.- Se desestiman ambos recursos y se imponen las costas a la parte recurrente, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por Doña Africa , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 22- de fecha 11 de septiembre de 2015 ; con expresa imposición de las costas a la recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo remitidos.

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

Así se acuerda y firma.