



Roj: **STS 3751/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3751**

Id Cendoj: **28079110012017100546**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/10/2017**

Nº de Recurso: **1085/2016**

Nº de Resolución: **578/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 139/2016,**  
**STS 3751/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 25 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 5 de febrero de 2016, por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), en el rollo de apelación 800/2015, dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas de carácter contencioso nº 100/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Algeciras. Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente doña Ana María, representada por la procuradora doña Mª Esther Centoira Parrondo. Ha comparecido en calidad de parte recurrida don Franco, representado por el procurador don Carmelo Olmos Gómez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Laura Cuevas Pulido, en nombre y representación de don Franco, presentó demanda de modificación de medidas definitivas nº 100/2015, contra doña Ana María

«1.- Se atribuya la guarda y custodia de los menores al padre, mi representado, D. Franco, con quién quedaran arribos, y en el domicilio de aquél sito en Algeciras, modificándose así las estipulaciones Primera y tercera del Convenio regulador vigente.

»2.- Se establezca un régimen de visitas a la progenitora no custodia, por el cuál, a excepción de los días entre semana, se mantenga el resto, si bien los gastos de desplazamiento de los menores, deberán ser por cuenta de la madre, al ser esta la que ha establecido nueva residencia, modificándose así la estipulación Segunda del Convenio regulador Vigente.

»3.- Se establezca una pensión alimenticia a favor de los menores, pagadera por la madre no custodia a través del progenitor custodio, y en la cuenta en la que este indique, en los mismos términos que viene acordada en el Convenio regulador vigente en sus estipulaciones Cuarta y Quinta (esta última referida a gastos extraordinarios), extinguiéndose con carácter retroactivo a la fecha de la presentación de la presente demanda la abonada por el Sr. Franco al haber pasado a ser progenitor custodio "de facto" desde el pasado 6 de enero.»

2.- El procurador don Enrique Luque Molina, en nombre y representación de doña Ana María, formuló demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio frente a don Franco, suplicando al juzgado:

»SUPlico AL JUZGADO que al tener por presentado este escrito junto con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, por hechas las manifestaciones que contiene, y en su consecuencia por

formulada DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS aprobadas en Sentencia de Divorcio de 19 de Julio de 2013 frente a D. Franco , y previos los trámites legales, y tras el recibimiento a prueba que dejamos interesado sin perjuicio de reproducirlo en su momento, se dicte sentencia por la estimando la demanda se acuerde el traslado de domicilio de los hijos menores con su madre a San Antonio de Benageber (Valencia) donde tiene su trabajo y residencia, y la modificación del régimen de visitas a favor del padre sustituyéndolo por el siguiente:

»1.- Un fin de semana al mes con el padre, desde la salida del Colegio hasta el domingo, recogidos el padre en la estación de tren de Málaga y devolviéndolos en la misma estación los domingos, y para el caso que al padre le sea imposible esta opción, la madre los traera en su vehículo el viernes a la salida del colegio y los recogería el domingo a las 16:00 horas.

»2°.- El periodo vacacional de verano el padre los tenga consigo 20 días en el mes de y 20 días en el mes de agosto, recogidos en la estación de tren de Málaga y devolviéndolos en la misma estación el ultimo día de los 20 días

»3°.- Se supriman los martes y jueves, debido a la distancia entre ambas ciudades y la asistencia al colegio de los niños.

»4°.- Las vacaciones de Navidad conforme al convenio regulador, y el día de Reyes con el progenitor al que le hubiere tocado el segundo periodo estival, conforme al Convenio, recogidos el padre en la estación de tren de Málaga, y devolviéndolos en la misma estación el día de entrega.

»5°.- La Semana Santa Y la Semana Blanca completas para el padre, recogidos el padre en la estación de tren de Málaga, y devolviéndolos en la misma acción el día de entrega, siendo éste el último día festivo.

»6°.- Los puentes festivos completos para el padre, recogidos el padre en la estación de tren de Málaga, y devolviéndolos en la misma estación el día de entrega, siendo éste el último día festivo.

»7°.- El día de Reyes, el progenitor que disfrute de ellos por haberle tocado ese período vacacional de Navidad

»8°.- El día de los cumpleaños de los menores, si toca en un día intersemanal con la madre, y si toca en fin de semana con el padre, que lo recogerá y devolverá conforme a lo señalado anteriormente.

»Los gastos de desplazamiento serán sufragados por ambos progenitores a partes iguales.

»El resto de las medidas continuarán conforme al convenio regulador aprobado en la Sentencia de divorcio.

Y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada si se opusiere a las pretensiones aducidas en la presente demanda.»

**3.-** El Juzgado admitió a trámite ambas demandas y el 9 de febrero de 2015 dictó auto acordando acumular el proceso 100/2015 con el 113/2015, el cual se unirá al primero indicado, continuándose y sustanciándose todos en un mismo procedimiento y decidiéndose en una misma sentencia.

**4.-** La representación procesal de don Franco , solicitó la ejecución de la sentencia de fecha 19 de julio de 2013, a lo que se opuso la otra parte. El Juzgado dictó auto el 16 de febrero de 2015 denegando dicha ejecución y acordando que se lleve testimonio de los escritos presentados al procedimiento de modificación de medidas número 100/2015 de este Juzgado.

**5.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Algeciras, dictó sentencia con fecha 27 de julio de 2015 cuyo fallo dice literalmente:

«Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de Don Franco contra Dña. Ana María , se modifican las medidas contenidas en sentencia de divorcio de 19/7/2014 , las que son sustituidas por las siguientes:

»- Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores al Sr. Franco , permaneciendo la patria potestad compartida.

»- La Sra. Ana María podrá ver a sus hijos y tenerlos en su compañía conforme al mismo régimen de visitas que en su día estableció el convenio a favor del Sr. Franco , salvo los días intersemanales que quedan suprimidos, debiendo la demandada hacerse cargo del traslado de los menores.

»- En concepto de alimentos para los hijos menores, la Sra. Ana María ingresará en la cuenta bancaria que el Sr. Franco designe, por meses anticipados, los días uno a cinco de cada mes, la cantidad de trescientos euros mensuales (150 para cada hijo), cantidad revisable anualmente conforme al índice de Precios al Consumo. Ambos contribuirán al cincuenta por ciento en los gastos extraordinarios que surjan en relación con la educación, cuidado y asistencia de los hijos menores.



»- Queda sin efecto la pensión por alimentos en su día establecida, con carácter retroactivo desde el 5/1/2015, fecha desde la que los menores conviven con su padre.

»Y que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación de Dña. Ana María , absuelvo a Don Franco de los pedimentos en ella contenidos.

Todo ello sin hacer expresa declaración sobre costas causadas.»

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación doña Ana María , correspondiendo su conocimiento a la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, que dictó sentencia el 5 de febrero de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña Ana María contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Algeciras en los autos de que este rollo trae causa, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, todo ello con imposición al apelante de las costas de esta alzada, acordando la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.»

#### **TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Ana María con base en los siguiente motivos:

Primero.- Por infracción del art. 92 apartados 2º y 6º del CC , en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño, de fecha 20 de noviembre de 2011.

Segundo.- Por infracción de los artículos 90 c ) y 91 CC .

2.- Mediante diligencia de ordenación de 15 de marzo de 2016 se tuvo por interpuesto el recurso de casación, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los procuradores de los litigantes.

3.- La procuradora D.ª M.ª Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de D.ª Ana María , envió escrito ante esta Sala el 22 de abril de 2016, personándose en concepto de parte recurrente, mientras que el procurador D. Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de D. Franco , envió el día 13 de abril de 2016, personándose en calidad de recurrida.

4.- Por providencia de fecha 8 de marzo de 2017 se puso de manifiesto la posible causa de inadmisión del recurso a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

5.- La sala dictó auto de fecha 7 de junio de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de contra la sentencia dictada, con fecha 5 de febrero de 2016, por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5.ª), en el rollo de apelación n.º 800/2015, dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas de carácter contencioso n.º 100/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Algeciras.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.»

6.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de don Franco , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

7.- El Ministerio Fiscal en su informe de 18 de julio de 2017, impugnó los dos motivos del recurso de casación interpuesto, interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

8.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 11 de octubre en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.-** *Resumen de Antecedentes.*

1.- La representación procesal de don Franco presentó demanda de modificación de medias definitivas contenidas en sentencia de divorcio de 19 de julio de 2014 (Autos 875/2013), contra doña Ana María , por haber cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta para dictar esta.



La demanda se presentó el 16 de enero de 2015 y cuatro días después interpuso la demandada demanda solicitando, igualmente, modificación del régimen de visitas por haber trasladado su domicilio a Valencia.

Los procedimientos a que dieron lugar ambas demandas se acumularon.

**2.-** El Sr. Franco pretendía que se le otorgase la guarda y custodia de sus hijos menores y la Sra. Ana María que se mantuviese la atribución a ella de la guarda y custodia, pero modificando el régimen de visitas establecido por haber cambiado de residencia.

La pretensión de la Sra. Ana María coincide con la que dio origen a los autos 1861/2013 y que fue desestimada por sentencia de fecha 15 de septiembre de 2014. En este procedimiento la hija mayor fue explorada en dos ocasiones en la sede del Juzgado, y la sentencia que recayó no fue recurrida.

**3.-** El Juzgado dictó sentencia el 27 de julio de 2015 por la que se atribuía la guarda y custodia de los hijos menores al Sr. Franco, con régimen de visitas y comunicación para la Sr. Ana María, debiendo ésta hacerse cargo del traslado de los menores. Se fija una pensión alimenticia para los hijos menores, a cargo de la Sra. Ana María, de 200 euros mensuales.

En la celebración de la comparecencia prevenida en el art. 771 LEC se propuso por la representación de la Sra. Ana María la exploración de la menor, mayor de 12 años, y el Juzgado la denegó porque sería la tercera vez que se le sometiese a exploración y ya en las anteriores habría manifestado su opinión sobre las medidas en cuestión.

**4.-** La representación procesal de la Sra. Ana María interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia.

En él interesó que se le confiase a la madre la guarda y custodia de los hijos menores, acordando el traslado de ellos al nuevo domicilio de la madre en San Antonio de Benageber (Valencia), con un régimen de visitas a favor del padre que los recogería y los reintegraría en la estación de Málaga.

Por otrosí se propuso como prueba, al amparo del art. 460 LEC, la exploración judicial de la hija menor Rebeca.

El Ministerio Fiscal consideró que no era procedente una nueva exploración judicial máxime cuando con carácter previo ya había tenido lugar en otros procedimientos, debiendo garantizar el interés de los menores y evitar a éstos cualquier perturbación dañosa derivada de su intervención reiterada en el ámbito judicial para dirimir las controversias existentes entre sus progenitores.

**5.-** Correspondió conocer del recurso a la sección quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, quien por Auto de fecha 22 de diciembre de 2015 decidió denegar la exploración propuesta, pues «sin perjuicio de la importancia que puedan tener en general las exploraciones de los menores, lo que no puede realizarse es un judicialización de los mismos, en el sentido de que deban asistir en pluralidad de ocasiones a los juzgados a declarar sobre el mismo problema matrimonial existente, ni crearles conflictos de lealtades.»

En este caso ya había acudido en dos ocasiones al Juzgado.

**6.-** La Audiencia dictó sentencia el 5 de febrero de 2016 en la que desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada en la primera instancia.

**7.-** El recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2.3º de la LEC, por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se estructura en dos motivos. El motivo primero, por infracción del art. 92 apartados 2º y 6º del CC, en relación con el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el art. 9 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el art. 39 CE al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que consagra que los hijos mayores de 12 años habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, citando como exponente de dicha doctrina la STS de 20 de octubre de 2014. En su desarrollo cuestiona que en instancias anteriores se hubiera inadmitido la exploración judicial de la hija menor, mayor de 12 años por haber sido escuchada en otra ocasión anterior en otro procedimiento, siendo el objeto de ambos procedimientos distintos cuando en opinión de la parte recurrente era necesaria y pertinente al tratar la demanda de un cambio de guarda y custodia. El motivo segundo, por infracción de los arts. 90 c) y 91 CC, al no pronunciarse la sentencia recurrida sobre el reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de la menor de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, oponiéndose de este modo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que sostiene el reparto equitativo de las cargas, contenida en STS de 26 de mayo de 2012 (aunque la fecha correcta es 26 de mayo de 2014).

**8.-** La Sala dictó auto de fecha 7 de junio de 2017 por la que acordó admitir el recurso de casación.



**9.-** La parte recurrida se opuso al recurso de casación, pero previamente alegó un óbice de admisibilidad respecto del motivo primero.

La recurrente no insta que se case la sentencia de la Audiencia y se dicte una nueva, acogiendo sus argumentos, sino que «se acuerde la nulidad de la sentencia recurrida, retrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, para que, antes de resolver sobre la guarda y custodia de los menores, se oiga a la hija mayor de doce años.».

A la vista de tal planteamiento del motivo del recurso, éste habría de haberse planteado como recurso extraordinario por infracción procesal, por denegación de dicha prueba, ya que el recurso de casación por interés casacional no conlleva el efecto pretendido.

**10.-** El Ministerio Fiscal se opone al primer motivo del recurso, pues en él se solicita la nulidad de actuaciones que no entra dentro de los cauces de un recurso de casación.

**SEGUNDO.-** *Decisión de la Sala sobre el motivo primero.*

**1.-** Asiste razón a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal cuando alegan como óbice de admisibilidad que se plantee recurso de casación y no el extraordinario por infracción procesal, con sustento en no haberse admitido en ambas instancias como prueba la exploración de la menor. La inadecuación del planteamiento se infiere de que lo que se solicita es la nulidad de las actuaciones.

En efecto cuando así ha sucedido el recurso interpuesto es el extraordinario por infracción procesal ( SSTS 722/2016, de 5 de diciembre , y 157/2017, de 7 de marzo ).

**2.-** Pero es que, aún cuando cupiese su admisibilidad, el motivo no podría prosperar.

Según declara la sentencia 157/2017, de 7 de marzo «En relación a la falta de exploración de la hija, esta sala se ha pronunciado con reiteración respecto a la necesidad de ser oído el menor en los procedimientos que directamente les afectan. La sentencia de 20 de octubre de 2014 establece lo siguiente: «La aparente contradicción entre el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene a ser aclarada por la Ley del Menor y por el Convenio sobre Derechos del Niño, en el sentido de que cuando la edad y madurez del menor hagan presumir que tiene suficiente juicio y, en todo caso, los mayores de 12 años, habrán de ser oídos en los procedimientos judiciales en los que se resuelva sobre su guarda y custodia, sin que la parte pueda renunciar a la proposición de dicha prueba, debiendo acordarla, en su caso, el juez de oficio. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de junio de 2005 .»

Ahora bien, la citada sentencia de 20 de octubre de 2014 añade que «para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada.»

Así cabe colegir también de la sentencia TEDH, Sección 3ª, de 11 de octubre de 2016, recurso 23.298/2007 , por la que estima que sería ir demasiado lejos decir que los tribunales internos están siempre obligados a oír a los menores, pues dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, atendiendo siempre a la edad y madurez del niño.

Pero, añade, descendiendo al Derecho español, que en caso de divorcio contencioso, los hijos menores deben ser oídos por el juez y en todo caso los menores de más de 12 años, debiendo motivarse en cualquier caso la denegación del trámite de audiencia.

**3.-** En el presente supuesto se ha de tener en cuenta que la exploración de la menor no es instada por ésta, sino que es una prueba propuesta por la madre, así como que su denegación, en ambas instancias, se encuentra suficientemente motivada y con argumentos protectores del interés de la menor, como consta en el resumen de antecedentes.

De ahí que sostengamos la desestimación del motivo.

**TERCERO.-** *Decisión de la Sala sobre el motivo segundo.*

**1.-** Los motivos del recurso deben respetar el ámbito de discusión jurídica habida en la instancia ( art. 477.1 LRC ), lo que implica que no pueden suscitarse cuestiones nuevas.

La sentencia número 398/2016, de 14 junio, recurso número 169/2014 , recoge que afir a la sentencia de 13 de octubre de 2015, Rc. 2117/2013 , que: «Es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS de 13 de julio de 2011 rec. no 912/2007 , 6 de mayo de 2011 rec. n° 2178/2007 , 21 de septiembre de 2011, Rc. no 1244/2008 , y 10 de octubre de 2011, Rc. no 1331/2008 ) que no resulta admisible plantear en casación cuestiones nuevas, entendiéndose por tales tanto las que no fueron suscitadas por la parte recurrente en primera instancia como las que sí lo fueron pero no integraron el objeto del debate en apelación y, por tanto, quedaron fuera de la razón decisoria de la sentencia de la segunda instancia, ya que el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir



las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada, que únicamente resultarán predicables respecto de aquellas cuestiones sobre las que se haya pronunciado por constituir objeto del recurso de apelación ( SSTS de 28 de mayo de 2004, Rc. nº 2171/1998 , 3 de diciembre de 2009, Rc. nº 2236/2005 , 21 de julio de 2008 , Rc. nº 3705/2001 , 10 de mayo de 2011 , Rc. no 1401/2007 , 10 de octubre de 2011, Rc. nº 1331/2008 , y 30 de abril de 2012, Rc. nº 515/2009)». Se trata de evitar indefensión para la parte contraria, por privarla de oportunidades de alegación y prueba, con transgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate ( SSTC 1 de julio de 2004 y 27 de octubre de 2004 ), y así se desprende del artículo 477.1 LEC .

**2.-** Precisamente es lo que sucede en el presente supuesto, como se constata de los términos del recurso de apelación recogidos en el resumen de antecedentes, lo que explica que la sentencia recurrida no ofrezca respuesta a lo que ahora se plantea *ex novo* en el recurso de casación.

**3.-** Si la recurrente consideraba que tal decisión no era correcta debió formular recurso extraordinario por infracción procesal, alegando incongruencia omisiva.

**CUARTO.-** De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito para recurrir.

## FALLO

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

**1.-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Ana María , contra la sentencia dictada con fecha 5 de febrero de 2016, por la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 5ª), en el rollo de apelación 800/2015 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas de carácter contencioso nº 100/2015 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Algeciras. **2.-** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.-** Imponer a la recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.