

Roj: **STS 331/2016 - ECLI:ES:TS:2016:331**Id Cendoj: **28079110012016100025**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/02/2016**Nº de Recurso: **1702/2015**Nº de Resolución: **22/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 7590/2015,**  
**STS 331/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 752/2014 dimanante de los autos de modificación de medidas n.º 453/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid; cuyo recurso fue interpuesto por la procuradora D.ª Almudena Gil Segura, en nombre y representación de D. Cecilio ; siendo parte recurrida la procuradora D.ª Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de D.ª Olga . Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La Procuradora D.ª Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de D.ª Olga , interpuso demanda de modificación de medidas de divorcio contra D. Cecilio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia

«En la que con estimación de los hechos y fundamentos de derecho relatados e invocados en este escrito acuerde la modificación del régimen de visitas del padre para con sus hijos siendo el mismo: 1.- Se modifique el régimen de visitas previsto en el convenio regulador en el siguiente sentido:- los fines de semana alternos, desde la salida del colegio del viernes hasta las 20 horas del domingo. En caso de que coincidan festividades que compongan un puente con el fin de semana, éste comprenderá la totalidad del puente festivo, respetando los horarios de entrega y recogida, no obstante se acuerde expresamente que se alternarán entre los progenitores los puentes escolares cambiando la alternancia de los fines de semana si ello fuera necesario con el fin de llevar a cabo dicha alternancia. Además de lo anterior y dentro de la conveniencia y del horario escolar de los menores, el padre podrá estar con sus hijos los miércoles desde la salida del colegio pudiendo pernoctar con el padre siempre y cuando el mismo esté en Madrid».

**SEGUNDO.-** La procuradora D.ª Almudena Gil Segura, en nombre y representación de D. Cecilio , contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y formulando demanda reconvencional terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia

«Por la que el convenio pactado entre las partes se mantenga en todos sus términos, salvo en los siguientes extremos: que los menores pasen con su padre los fines de semana alternos, desde la salida del colegio y hasta que el lunes se reincorporen a su actividad escolar. Es decir, que los menores pernocten con su padre también los domingos en que les corresponda visita con el señor Cecilio y no se les obligue a cambios o desplazamientos en días festivos, que en ocasiones cercena su ocio de fin de semana con el padre. Con este cambio, los padres estarían exactamente el mismo tiempo con sus hijos. Ello supone que deba abrirse



una cuenta conjunta en la cual se paguen los gastos de los menores por iguales mitades por parte de cada progenitor, sin que exista pensión de alimentos a abonar por ninguno de los progenitores».

**TERCERO.-** La Procuradora D.<sup>a</sup> Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Olga , contestó a la demanda reconvenicional oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia

«Estimando íntegramente nuestra demanda y nuestra contestación a la reconvenición, y desestimando íntegramente la contestación a la demanda y la reconvenición instada de adverso en todos sus términos, y desestimando íntegramente las medidas solicitadas de adverso y en especial la petición de guarda y custodia compartida, y supresión de la pensión de alimentos; se acuerde mantener las medidas acordadas por convenio regulador de fecha 1 de marzo de 2011 aprobado por sentencia de fecha 1 de junio de 2011 a excepción de la modificación de medida solicitada por esta parte en nuestra demanda, que reproducimos a continuación: 1. Se modifique el régimen de visitas previsto en el convenio regulador en el siguiente sentido: -Los fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes hasta las 20.00 horas del domingo. En caso de que coincidan festividades que compongan un puente con el fin de semana, éste comprenderá la totalidad del puente festivo, respetando los horarios de entrega y recogida, no obstante se acuerde expresamente que se alternaran entre los progenitores los puentes escolares cambiando la alternancia de los fines de semana si ello fuera necesario con el fin de llevar a cabo dicha alternancia. -Además de lo anterior y dentro de la conveniencia y del horario escolar de los menores, el padre podrá estar con sus hijos los miércoles desde la salida del colegio pudiendo pernoctar con el padre siempre y cuando el mismo esté en Madrid. 2.- Que se condene en costas al reconviniente.»

**CUARTO.-** Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de Madrid, dictó sentencia en fecha 30 de enero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Se desestiman las demandas de modificación de medidas definitivas, tanto principal como reconvenicional, por las que se ha seguido este proceso. No procede condena en costas.»

**QUINTO.-** Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de D. Cecilio y de D.<sup>a</sup> Olga , la Sección 22<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 27 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por ambos litigantes contra la Sentencia dictada, en fecha 30 de enero de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 29 de los de Madrid , en autos de modificación de medidas seguidos bajo el n.º 453/2013, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida. No se hace especial condena en las costas del recurso.»

**SEXTO.-** La Procuradora D.<sup>a</sup> Almudena Gil Segura, en nombre y representación de D. Cecilio interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos de casación: Único.- Por violación de la doctrina del Tribunal Supremo sobre custodia compartida de los menores en relación con los artículos 91 y siguientes del Código civil .

**SÉPTIMO.-** Por Auto de fecha 30 de septiembre de 2014, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora D.<sup>a</sup> Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Olga presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario. El Ministerio Fiscal presentó escrito apoyando el recurso de casación interpuesto.

**OCTAVO .-** No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** 1.- El litigio que ahora pende en esta Sala, por mor del recurso de casación, comenzó en un proceso anterior de divorcio por mutuo acuerdo. En éste medió un convenio regulador de fecha 1 de marzo de 2011, aprobado por sentencia de 1 de junio del mismo año.

En dicho documento, entre otras estipulaciones y en lo que al caso ahora debatido concierne, se acordó que los tres hijos comunes quedaban confiados a la custodia de la madre, con un amplio régimen de visitas en pro de otro progenitor que, además de otros periodos, comprendía fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo, y las tardes de los lunes y miércoles, desde la salida



del colegio, pudiendo pernoctar los hijos con el padre. Se convino igualmente una aportación económica del señor Cecilio a fin de cubrir las necesidades alimenticias de los hijos de 1500 € al mes por cada uno de ellos (4500 € en total).

En el año 2013 D.<sup>a</sup> Olga presentó demanda de modificación de medidas sobre un determinado día de la semana, que no le fue concedida en la instancia, a lo que se aquietó y quedó firme. El que había sido su esposo, don Cecilio formuló reconvencción interesando una ampliación de la visita del fin de semana, lo que implicaría de hecho una guarda y custodia compartida. Tampoco le fue concedido en ambas instancias y éste es el objeto del recurso de casación que ha formulado.

2.- La sentencia de Primera Instancia del Juzgado número 29 de Madrid, de 30 enero 2014 , no estimó probada «ninguna modificación sustancial de las circunstancias que en su día se tuvieron en cuenta», respecto a la petición de la demanda principal y en cuanto a la reconvencción, «tampoco puede considerarse acreditado que hayan variado sustancialmente las circunstancias que en su día determinaron el régimen actual». Por lo cual, desestimó ambas demandas, la principal y la reconvencción.

Ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación. El Ministerio Fiscal, parte en el proceso, interesó la confirmación de la sentencia. La Audiencia Provincial, Sección 22.<sup>a</sup> de Madrid, en sentencia de 27 marzo 2015 confirmó la anterior, razonando, en cuanto a la demanda reconvencción, única que llega a casación, la ausencia de «un cambio sustancial» y que, aunque se pretende que *de facto* ya existe una custodia compartida «no concurren en el caso circunstancias susceptibles de activar los mecanismos legales antedichos».

3.- El demandante reconvencción don Cecilio ha formulado el presente recurso de casación en un motivo único, por violación de la custodia compartida de los menores en relación con los artículos 91 y siguientes del Código civil .

La parte contraria, demandada reconvencción D.<sup>a</sup> Olga se opuso a la admisión del recurso y al motivo del mismo por, en primer lugar, la falta de invocación y acreditación de un cambio sustancial de los factores que condicionaron el convenio regulador y, en segundo lugar, la improcedencia de la custodia compartida.

El Ministerio Fiscal dictaminó que procedía la estimación del recurso.

**SEGUNDO** .- 1.- El *recurso de casación* que ha formulado la parte demandada-demandante reconvencción está formulado, como se ha apuntado, en un solo motivo, que se ha formulado por infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre custodia compartida de los menores en relación con los artículos 91 y siguientes del Código civil .

Aquí aparece, en la propia formulación, el primero de los defectos que impiden la estimación del recurso. Reiteradamente ha dicho esta Sala que, de acuerdo con el propio concepto de la casación, no cabe la cita heterogénea de preceptos como motivo del recurso, sino que se debe señalar cuál es la norma infringida, donde lo ha sido y cómo lo ha sido ( sentencias de 29 noviembre 2012 , 1 de marzo de 2013 y numerosa jurisprudencia que citan), lo que no se da -y por tanto, no cabe como motivo- si se denuncia como infringido una «norma» «y siguientes» o «y concordantes» ( sentencias de 26 diciembre 2012 , 19 abril 2013 , 7 mayo 2013 ).

2.- Tampoco puede acogerse este motivo porque se formula por la infracción de la doctrina jurisprudencial sobre custodia compartida, siendo así que el suplico de su demanda reconvencción nada dice sobre ello. El recurso formula, desde el principio, la custodia compartida como petición, que reitera en el suplico del recurso, lo que no es otra cosa que una *mutatio libelli* .

A lo largo del desarrollo del motivo insiste en la conveniencia de la modificación que supone una custodia compartida. Pero ésta no se ha pedido en la demanda. También el Ministerio Fiscal ha insistido en la conveniencia de la misma, pero sin atender a la *causa petendi* . Lo que no es posible es convertir esta casación en una tercera instancia, pretendiendo revisar el proceso y atender a si son o no convenientes las medidas acordadas de consuno o modificarlas imponiendo una custodia compartida que ninguno de los cónyuges pidió.

3.- Una tercera razón para rechazar el motivo es la que se desprende de las sentencias de instancia que han desestimado tanto la demanda como la reconvencción. No se ha probado un cambio de circunstancias que justifique la modificación de las medidas y, como dice la sentencia de 18 noviembre 2011 , el sistema de visitas o custodia está concebido «como una forma de protección del interés de los menores», interés que, entre otras muchas, también resalta la sentencia de 28 septiembre 2009 .

Interés del menor que no se ha probado en el presente caso que, unido a la falta de prueba del cambio de circunstancias relevantes que justifiquen la modificación sustancial de las medidas, que ha interesado el recurrente, hace que se rechace el motivo y, por ende, el recurso de casación y la condena en costas conforme a los artículos 398. 1 y 394. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

1. - Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Cecilio contra la sentencia dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 27 de marzo de 2015, que se confirma.

2. - Se condena a dicha parte al pago de las costas causadas en este recurso.

3. - Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Eduardo Baena Ruiz.-Fernando Pantaleon Prieto.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL C1205