



Roj: **STS 4185/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4185**

Id Cendoj: **28079110012016100550**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2016**

Nº de Recurso: **3403/2015**

Nº de Resolución: **564/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2188/2015,**
STS 4185/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio sobre modificación de medidas sobre menores n.º 17/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de La Orotava, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Antonieta , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Victoria Rodríguez Acosta Ladrón de Guevara; no ha comparecido la parte recurrida don Hugo . Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1. º.- La procuradora doña Natalia García Trujillo, en nombre y representación de don Hugo , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas contra doña Antonieta y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente

«se sirva decretar la modificación de las medias con los siguientes pronunciamientos:

» atribuir la guarda y custodia de la menor a mi mandante, invirtiendo en todos sus términos el convenio regulador actual, dejando a favor de la demandada el régimen de visitas en atención a los hechos reseñados. Y ello en interés de la menor».

Se declaró la rebeldía de doña Antonieta .

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.

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 5 de la Orotava, dictó sentencia con fecha 17 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando la demanda de modificación de medidas definitivas interpuesta por Don Hugo , representado por la Procuradora Doña Natalia Trujillo García y dirigido por la Letrada Doña María Yurena Carrillo Ramos,



contra Doña Antonieta , rebelde en estos autos, y contra el Ministerio Fiscal, se atribuye a Don Hugo la custodia de su hija menor Encarna .

»El cambio de custodia se hará efectivo el 1 de julio de 2014, apercibiéndose expresamente a Doña Antonieta de que, en caso de que se resista al cumplimiento de la sentencia y niegue la entrega de la menor, incurrirá en un delito de desobediencia a autoridad judicial del artículo 556 del Código Penal Español.

»En cuanto al régimen de visitas de la menor, los períodos vacacionales de Navidades, Semana Santa y Verano se dividirán por mitad, teniendo Doña Antonieta derecho a disfrutar de su hija durante el periodo que ella elija los años pares, mientras que Don Hugo elegirá tal periodo los años impares. Igualmente, Doña Antonieta podrá desplazarse a Tenerife para visitar a su hija los fines de semana alternos que lo desee, siempre que notifique dicha circunstancia a Hugo con al menos diez días de antelación.

»Se fija en 150 euros mensuales la pensión de alimentos que debe satisfacer Doña Antonieta en favor de su hija menor, cantidad que deberá ingresar dentro de los diez primeros días de cada mes en la cuenta que designe el padre, y que se actualizar, anualmente conforme a la variación que experimente el Índice de Precios Consumo publicado oficialmente en España, modificación que será objeto de notificación previa por Don Hugo .

»Asimismo, ambos progenitores satisfarán al 50% los gastos extraordinarios que genere la hija menor, entendiendo por tales exclusivamente los extraescolares y los de carácter médico no cubiertos por la Seguridad Social.

»Todo ello sin expresa imposición de costas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Antonieta . La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 17 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan Pedro González Martín, en nombre y representación de D Antonieta , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 5 de La Orotava, de fecha 17 de marzo de 2014 , y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia, SE CONFIRMA íntegramente la misma al estar ajustada a derecho, sin hacer declaración expresa en materia de costas procesales. Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., si se hubiera constituido.

»Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales».

CUARTO- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Antonieta con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo del 469. 1.4º LEC, por infracción del art. 460.3 LEC en relación al artículo 24 CE . Segundo.- Al amparo del 469 1.2. LEC falta de motivación de la resolución.

Asimismo interpuso recurso de casación basado en los siguientes: Motivo.Único.- Infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso y de la doctrina del **Tribunal Supremo** que las interpreta por vulneración del artículo 2, 3 y 9 de la Ley Organica 1871996, de 15 de enero de protección Jurídica del Menor , art. 39 CE , la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 1989, ratificada por España en 1990 (resolución A-3- 0172/92 de 8 de julio). Y los arts. 92 . 154 y 159 CC , que consagran el principio del interés del menor, principio informador del derecho de familia.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha seis de abril de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito se oponiéndose al recurso de casación e infracción procesal.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2016, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Hugo formuló demanda de modificación de medidas para que se le atribuya la custodia de la hija que tiene en común con Doña Antonieta , que unos meses antes se había atribuido a la madre, porque



las circunstancias tenidas en cuenta ese momento "se han alterado en forma más que sustancial". Se dice que doña Antonieta carece de medios económicos para afrontar la guarda y custodia de la menor y que ha sido desahuciada por el propietario de la vivienda en la que residían encontrándose sin hogar. También, que la menor ha perdido la plaza en el colegio por falta de pago y que la madre se ha ido a Alemania llevándose a la niña por lo que « *lo mejor en interés de la menor sería la modificación de guarda y custodia a favor de padre, quien por su situación tanto personal como económica está en mejores condiciones de aportar un entorno estable a la menor, tanto en el plano económico como afectivo, además de que las decisiones de la demandada han sido tomadas exclusivamente en beneficio propio, sin contemplar el fuerte trastorno que ha supuesto para la menor el ser separada de su padre y del entorno familiar de este, trasladada a Alemania, además de mala fe la demandada ha cortado la comunicación con mi mandante al conocer sus actuaciones de intento de recuperación a la menor*».

Doña Antonieta estuvo en situación procesal de rebeldía y se personó en los autos para formular recurso de apelación y ahora extraordinario por infracción procesal y de casación, al haberse estimado la demanda del padre poniendo a su cargo una pensión de alimentos de 150 euros, además del 50% de los gastos extraordinarios que genere la hija, entendiéndose como tales los extraescolares y los de carácter médico no cubiertos por la Seguridad Social.

SEGUNDO.- La Sala va a estimar el primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, al no haberse practicado una pericial psicológica, admitida inicialmente, y no va a entrar en el resto de los motivos de este ni del recurso de casación.

Lo que pretende es que se declare la nulidad de las actuaciones practicadas y se devuelvan los autos a la Audiencia provincial para que subsane los defectos procesales denunciados, en concreto se practique la prueba pericial psicológica del padre y de la hija que había sido interesada y solicitada tanto por ambas partes porque consideraban necesaria la realización de estos informes psico-sociales referidos a los dos litigantes y a la hija común de ambos, valiéndose del instrumento de la comisión rogatoria, dado que tanto la madre como la hija viven en el extranjero; prueba que la Audiencia Provincial acordó inicialmente practicar por el gabinete psicossocial adscrito al Juzgado pero que dejó después sin efecto al ser informada por la demandada de su residencia en Alemania y de la falta de recursos para trasladarse a España, con el simple argumento de que no era posible su práctica.

TERCERO.- La doctrina jurisprudencial de esta Sala, en perfecta sintonía con la doctrina constitucional, dice la sentencia de 11 de julio 2005, viene declarando que los Jueces y Tribunales, aunque tienen la potestad de selección y de decretar la impertinencia de las pruebas, no pueden hacerlo de modo arbitrario e injustificado sino que deben explicar debidamente su decisión (S. 4 junio 2000), siendo preciso, para denunciar mediante este recurso una denegación de prueba, que se hayan agotado todas las posibilidades de impugnación (SS. 6 noviembre 2001, 10 y 26 junio, 8 noviembre y 31 diciembre 2002, entre otras) y argumentar - demostrar - que la prueba propuesta y denegada es objetivamente idónea, decisiva o determinante en el sentido de que acogida puede cambiar el sentido del fallo, como sucede en este caso:

1.- Con reiteración ha dicho esta sala que las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños, lo que obliga a los tribunales a decidir cuál es lo que más les conviene ante una situación que no es anormal ni mucho menos infrecuente como es la que aquí se plantea de ruptura de las relaciones personales de los progenitores y posterior traslado del progenitor custodio al extranjero llevándose consigo a la hija.

2.- Dice la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012, y reitera la de 20 de octubre de 2014, lo siguiente: "Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento de su lugar de residencia en cuanto le aparta de su entorno habitual que se tuvo en cuenta para decidir sobre la medida e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

3.- La patria potestad, dice el artículo 156 del Código Civil, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

4.- Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.



La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores.

Ocurre en este caso que el progenitor custodio ha trasladado su residencia y la de la hija a Alemania sin sustento en un acuerdo con el otro o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, ni en una decisión judicial previa identificación de los bienes y derechos en conflicto puesto que lo ha hecho de forma unilateral, con lo que no ha sido posible calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada. Y, como consecuencia de este cambio de circunstancias el padre ha interesado un cambio de la medida que se argumenta más que en el hecho del traslado, aunque se mencione, en la precaria situación económica de la recurrente para mantener a la niña.

Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, y ante una demanda de cambio de custodia que la Audiencia provincial resuelve en el sentido siguiente; «la parte apelante no acredita que un cambio de guarda y custodia a favor del padre suponga a la menor un auténtico trauma, pues ha sido precisamente la apelante quien, por su propia voluntad, sin justificación alguna, y mediando engaño cuando hizo creer al padre que se trasladaba temporalmente a Alemania con su hija por motivos familiares de urgencia y enfermedad..., ha privado a la menor del necesario contacto fluido con su padre, incumpliendo el mandato judicial, lo que ha de dar lugar a un cambio de custodia, pues ninguna prueba se ha practicado que nos permita aseverar que dicho cambio vaya en detrimento y perjuicio de la hija menor; estimar el recurso de apelación equivaldría a dar prioridad a los intereses de la madre, respecto a los de la hija con infracción de lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución ». Y si ninguna prueba se ha practicado difícilmente puede modificarse una medida que tiene su origen en una previa evaluación de la situación existente en su momento y se sustenta en el consecuente cambio de las circunstancias que la motivación .

Resolver conforme al interés del menor determina que la Audiencia tenga a su disposición unos datos fiables sobre la niña, sobre el padre y la madre para asumir estos menesteres, y que, a la mayor brevedad posible, se conozcan y se resuelva lo que mejor conviene a la niña con respeto a la posición de cada uno de los progenitores solucionando, en definitiva, un problema ya de por sí complejo dada la situación creada en función de lo que resulte más favorable para su desarrollo físico, intelectual e integración social haciendo posible la relación con ambos progenitores pues solo de afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que son los que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia, conforme se ha interesado en la demanda.

CUARTO.- Consecuencia de lo expuesto es acordar la nulidad de la sentencia recurrida con reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno de la segunda instancia para que, antes resolver sobre el cambio de la medida de guarda y custodia de la niña, se acuerde de conformidad con lo razonado la práctica del informe psicosocial interesado; todo ello sin hacer especial declaración de las costas causadas en ninguna de ambas instancias ni de los recursos formulados ante esta sala.

FALLO

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

Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y acordar la nulidad de la sentencia recurrida de 17 de septiembre de 2015 de la Sección primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife , retrotrayendo las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que antes de resolver sobre el cambio de la guarda y custodia de la menor, se realicen los informes psico-sociales referidos a los dos litigantes y a su hija. 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.