

Sentencia nº 551/2015 de TS, Sala 1ª, de lo Civil, 9 de Octubre de 2015

Procedimiento:	CIVIL
Ponente:	JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Fecha de Resolución:	9 de Octubre de 2015
Número de Resolución:	551/2015
Número de Recurso:	2842/2014
Emisor:	Tribunal Supremo - Sala 1ª de lo Civil

RESUMEN

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR. La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse si el juez ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre. La consideración de que los menores han manifestado que quieren irse con su padre poco tiempo después de que se decidiera asignar a su madre la guarda y custodia, no es ni mucho menos conforme al interés del menor, sino que puede provocar un evidente enfrentamiento con las partes en conflicto. Se desestiman recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 9 de Octubre de 2015.

Visto por la Sala 1ª del TS, integrada por los Magistrados al margen indicados, [los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación](#) contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la **Secc. IIª de la A.P. de Sevilla**, como consecuencia de autos de [juicio modificación de medidas nº 1973/2012](#), seguidos ante el **Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Sevilla**, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Leoncio, representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Jorge Laguna Alonso; siendo parte recurrida doña Fermina, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Patricia Rosch Iglesias. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El procurador don Javier González Velasco Calderón, en nombre y representación de don Leoncio, interpuso demanda de [juicio sobre modificación de medidas contenciosas](#), contra doña Fermina y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se aprobaron en sentencia de fecha 7-10-08, en la forma interesada, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada, si se opusiera a este a la pretensión en este sentido:

1. - La guarda y custodia de los 2 hijos se atribuirá al padre.
2. - Se establezca el siguiente régimen de visitas a favor de la madre: Dª Fermina podrá tener a sus hijos en su compañía todas las tardes de los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20.30 horas y los fines de semana alternos desde los viernes a la salida del colegio hasta los lunes en que los reintegrará en el colegio, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, Feria y Verano, correspondiendo en caso de desacuerdo, la primera mitad al padre en los años pares y a la madre en los impares.
3. - El uso y disfrute del domicilio familiar sito en Sevilla, C/ DIRECCION000 , nº NUM000 , NUM001 NUM002, así como el trastero, el garaje y el ajuar familiar se atribuirá a los hijos y al padre.

4. - La Sra. Fermina deberá abonar mensualmente al Sr. Leoncio la cantidad 400 € en concepto de pensión de alimentos para los dos hijos.
Este importe se actualizará anualmente, según el índice de precios al consumo (IPC), y será ingresado en la cuenta bancaria que a tal efecto designe el Sr. Leoncio entre los días 1 y 5 de cada mes.

Todos **los gastos extraordinarios** relacionados con la educación y formación, tales como clases de apoyo y complementarias, actividades extraescolares, y salud para los hijos, tales como intervenciones quirúrgicas, radiografías, análisis y otros exámenes clínicos, tratamientos prolongados, odontología y ortodoncia, rehabilitaciones y recuperaciones, aparatos ortopédicos o gafas, etc. no cubiertos por la Seguridad Social o por el Seguro Privado que tienen contratado, serán abonados, **al 50% entre ambos progenitores**.

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.

2. - La procuradora doña Macarena Peña Camino, en nombre y representación de doña Fermina, 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 desestime íntegramente la demanda formulada por don Leoncio, manteniendo en vigor las anteriores medidas acordadas por sentencia de divorcio de 7 de octubre de 2008 y también confirmadas por posterior sentencia de modificación de medidas de 22 de septiembre de 2010 por la **A.P. de Sevilla de fecha 21 de octubre de 2011 en proceso nº 552/2010**, y se le impongan todas las costas del proceso por mala fé y, como poco, temeridad.

3. - Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo **Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 23 de Sevilla**, dictó sentencia con fecha 17 de junio 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

*FALLO: Estimando parcialmente la demanda formulada por D. Leoncio contra D^a. Fermina, y en consecuencia **debo declarar procedente la pretendida modificación** de los pronunciamientos contenidos en la Sentencia dictada con fecha 07-10-08, en los autos de Divorcio Contencioso tramitados con el número 604/20068, por este Juzgado y, **teniendo en cuenta el interés superior de los menores se modifican las medidas en ella adoptada, acordando en su lugar las siguientes medidas definitivas:***

*1.- **Los menores hijos del matrimonio, Alfredo y Celestino quedan bajo la guarda y custodia del padre, siendo compartida la patria potestad con el otro progenitor.***

2.- En cuanto al derecho de visitas de la madre, se repunta aconsejable un régimen libre, amplio y flexible y en defecto de acuerdo, el siguiente:

- Martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas en horario de invierno y hasta las 21, en horario de verano.

- Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes siguiente, que los reintegrará al mismo, efectuándose la entrega y recogida de los menores en el domicilio donde convivan con el padre, salvo mejor acuerdo de los progenitores.

- Podrá la madre tener en su compañía a los menores la mitad de los períodos de vacaciones escolares de Semana Santa, Verano y Navidad, correspondiendo, en caso de desacuerdo, la 1ª mitad al padre en los años impares y a la madre en los pares.

- A estos efectos, se considera que el 1º período de vacaciones de Navidad, abarca desde el último día lectivo hasta el 30 de Diciembre, y el 2º período del 30 de Diciembre hasta el día anterior a la reanudación del curso escolar, efectuándose la entrega y la recogida de los menores el último día de cada período a las 20 horas.

- En vacaciones de Semana Santa, el 1º periodo comprende desde el Viernes de Dolores, a la salida del colegio, al miércoles siguiente a las 20 horas; y el 2º periodo desde el miércoles anterior al Jueves Santo, desde las 20 horas, hasta el Domingo de Resurrección a las 20 horas,

- En vacaciones de verano, comprenderá el 1º periodo desde el último día lectivo hasta el día 31 mes de Julio, y el 2º desde el 31 de Julio hasta el día inmediatamente anterior al 1º día lectivo, efectuándose la entrega y recogida a las 21 horas, correspondiendo la 1ª parte al padre los años impares y a la madre los pares, salvo mejor acuerdo de los progenitores.

- El régimen establecido queda supeditado a las necesidades escolares de los hijos, enfermedades o circunstancias especiales en cuyo caso los padres, de común acuerdo, decidirán lo que sea más beneficioso para ellos.
- El progenitor en cuya compañía no se encuentre el menor en los períodos vacacionales tendrá derecho a conocer el lugar de residencia de este y un teléfono donde poder comunicar con ellos, así como a tener puntual información sobre cualquier problema que pueda afectar a su estado de salud o de cualquier otra índole. cuya resolución, en todo caso, deberá ser decidida por ambos progenitores.
- En concepto de pensión alimenticia que debe satisfacer la madre a favor de los hijos, se fija la cantidad de 180 € al mes, 90 € para cada uno de ellos, con sus correspondientes actualizaciones anuales a partir del día 01-01-2014, conforme al IPC, que publique el INE u organismo que lo sustituya.
- En cuanto a su forma de pago, se acuerda lo siguiente: la obligación de la madre **-en tanto los hijos no estén emancipados económicamente-** de ingresar en la cuenta bancaria que al efecto se designe, dentro de los 5 primeros días de cada mes.
- **Los gastos extraordinarios** que generen los hijos, entendiéndose por tales **los que tengan carácter excepcional, imprevisible, necesario y adecuado a la capacidad económica de ambos progenitores, serán sufragados por ambos por mitad, siempre que medie previa consulta del progenitor custodio a no custodio sobre la conveniencia y/o necesidad del gasto** (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible) y acuerdo de ambos -de forma expresa y escrita antes de hacerse el desembolso- o en su defecto, autorización judicial, mediante la acción del [art. 156](#) del [CCivil](#) . Son gastos extraordinarios de carácter médico los odontológicos y tratamientos bucodentales incluida la ortodoncia, prótesis, logopeda, psicólogo, fisioterapia o rehabilitación (incluida natación) con prescripción facultativa, óptica, gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, **tratamientos de homeopatía** y, en general, cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el sistema público de salud de la Seguridad Social, o por el seguro médico privado que puedan tener concertado los progenitores.
Son gastos extraordinarios de carácter educativo las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento académico.
En relación con los gastos extraordinarios, y en atención a su peculiar naturaleza, se entenderá prestada la conformidad si, requerido a tal efecto un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir, que conste sin lugar a dudas la recepción del requerimiento, se dejare transcurrir un plazo de 10 días hábiles sin hacer manifestación alguna. En el requerimiento que realice el progenitor que pretende hacer el desembolso, se deberá detallar cuál es el gasto concreto que precise el hijo, y se adjuntará presupuesto donde figure el nombre del profesional que lo expide.
Son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia destinada a cubrir necesidades comunes, los de vestido, ocio, educación, incluidos los universitarios en centro públicos (recibos expedidos por el centro educativo, seguros escolares, AMPA, matrícula, aula matinal, transporte y comedor en su caso, material docente no subvencionado, excursiones escolares, uniformes, libros).
Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, música, baile, informática, idiomas, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, fiestas de cumpleaños u onomásticas y otras celebraciones necesarias de los hijos, así como los gastos de colegio/universidad privados, máster o curso de postgrado, y las estancias en residencias universitarias, colegios mayores o similares, que deben ser en todo caso consensuados de forma expresa y escrita para que pueda compartirse el gasto y a falta de acuerdo, serán sufragados por quien de forma unilateral haya tomado la decisión, y sin perjuicio de que pueda ejercitarse con carácter previo la acción del [art.156](#) del [CCivil](#) , si la discrepancia estriba en si debe o no el menor realizar la actividad.
- En cualquier caso, los anteriores listados no tienen carácter exhaustivo.

IV.- Se atribuye el uso del domicilio familiar, sito en Sevilla, en calle DIRECCION000 , nº NUM000 , NUM001 NUM002, así como el trastero, el garaje y el ajuar doméstico y mobiliario de la misma, se

*adjudica a los hijos y, por ende, al progenitor custodio, pudiendo retirar la Sra. Fermina del mismo, si no lo hubiere efectuado ya, sus objetos y enseres de uso personal.
Todo ello sin expresa imposición de costas.*

SEGUNDO

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Leoncio. La **Sección IIª de la A.P. de Sevilla**, dictó sentencia con fecha 30 de Junio de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Estimando el recurso de apelación se revoca la sentencia y se desestima la demanda de modificación de medidas, manteniéndose las medidas de 7 de octubre de 2008.

No se hace pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

TERCERO

Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación de don Leoncio con apoyo en los siguientes MOTIVO:

PRIMERO.- Al amparo del **art. 477.2.** de la **LEC**, en virtud de las normas transitorias que rigen respecto al **recurso extraordinario por infracción procesal** establecido por la **disposición Final 16**ª de la **LEC**, apartado 1º regla 3º.

SEGUNDO.- Infracción del **art. 218** de la **LEC** por no aplicación de las normas relativas a la congruencia de las sentencias.

En cuanto al **recurso de casación** con apoyo en los siguientes MOTIVO:

PRIMERO.- Infracción del **art.2** y 11.2 de la **Ley Orgánica de Protección del Menor** art. **92** , **96** , **103** , **154**, **158** y **159** del **CCivil**; **art. 9 de la Convención Universal sobre los derechos del niño** y **art. 39** de la **Constitución Española**, y jurisprudencia de esta Sala **sobre el favior filii** contenido en las sentencias de 31 de diciembre de 1982, 25 de mayo de 1983, 12 de febrero de 1992, 19 de marzo de 1992 y 29 de noviembre de 1966 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 29 de abril de 2015, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de 20 días.

2. - Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de doña Fermina, presento escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal, presentó escrito interesando la desestimación del presente recurso.

3. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 29 de Septiembre de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José A. Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Se formulan 2 recursos: extraordinario por infracción y casación contra la sentencia que, estimando el recurso de apelación, desestima la demanda que don Leoncio había formulado para modificar las medidas de divorcio referidas, entre otras, a la guarda y custodia de los menores Alfredo y Celestino, nacidos en 1999 y 2001, respectivamente, que había sido atribuida en exclusiva a la madre, alegando que **habían variado sustancialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para acordarlas**. "... *hay un hecho incuestionable -dice- y es que la sentencia se la atribuyó a la madre, sin duda porque era idónea para el desempeño adecuado de las obligaciones derivadas de la guarda y custodia y porque esa decisión era la más beneficiosa para los menores, los cuales desde 2008 están bajo la guarda y custodia de la madre y que la Ilma. A. P. dictó sentencia en Noviembre de 2011 en la que no accedía a la modificación y presentó de nuevo demanda en Agosto de 2012; el hecho básico que aduce para la modificación es que los menores manifiestan que quieren vivir con él, y que se considera capacitado para el desarrollo de la guarda y custodia; consta efectivamente que los menores han declarado en la exploración que quieren vivir con el padre, tanto Celestino como Alfredo , pero **sin expresar motivos serios para esa decisión**, tales como que no les compra ropa, que su padre está más pendiente, que no le deja salir solo y otros hechos similares, pero **sin recoger hechos***

o conductas que pudieran perjudicar a los menores, o que constataran la incorrecta ejecución de las obligaciones derivadas del régimen de visitas; estos hechos constatan que durante este período en que la madre ha ejercido la guarda y custodia, esta se ha desarrollado de forma adecuada, sin ningún incidente importante, y sin ningún hecho que pudiera afectar a la estabilidad emocional de los menores, los cuales dicen que tienen buena relación con ambos, por lo que lo que se debe decidir es si ante un régimen que se está desarrollando correctamente, la voluntad o el deseo de los menores es suficiente para justificar la modificación de la guarda y custodia; los menores nacieron en el año 1999 Alfredo y en 2001 Celestino, por lo que cuando se practicó la exploración en 2013, tenían aproximadamente 14 y 12 años, edades que se pueden presumir que sus decisiones no son arbitrarias ni caprichosas, pero como ya decíamos no se exponen razones objetivas y de entidad para desear ese cambio, y que la decisión de quien debe ejercer la guarda y custodia no depende únicamente de la voluntad del menor, al cual se le debe oír, pero no vincula su deseo a lo que al final se considere más adecuado para él; de todo lo dicho se concluye que no se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias, y el deseo de los hijos, sin que existan motivos objetivos y serios, para la modificación conlleva a mantener lo que se acordó en la sentencia de 7 de octubre de 2008 ".

SEGUNDO

Los 2 se desestiman:

En 1º lugar, los motivos que sustentan el [recurso extraordinario por infracción procesal](#) -infracción del [art.218 LEC](#), sobre congruencia, y [art.24 CE](#) - no refieren infracción procesal alguna. Se refieren al criterio mantenido en la sentencia para desestimar la demanda de modificación de medidas, que nada tiene que ver con la incongruencia, y a la exploración judicial, sin argumentar en este caso en que consiste la vulneración del [art.24 CE](#), pues no alega indefensión alguna, ni se infiere de las alegaciones del motivo exclusivamente referidas a las razones por las que la sentencia desestimó la demanda.

En 2º lugar, [no existe interés casacional](#) alguno derivado de la infracción del principio del " favor fili", que reconduce a sentencias de esta Sala de los años 1980 y 1990, ignorando la evolución de la jurisprudencia sobre esta importante materia, dado que [la sentencia no ha tenido en cuenta la voluntad de los hijos](#).

Esta Sala -Sentencia 25 de octubre 2005 - ha venido repitiendo que *"la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo , con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio . La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este".(...) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección" (SSTS 11 de enero y 27 de abril de 2012).*

Ocurre así en este caso en el que la A.P. ha examinado las pruebas aportadas y ha tenido en cuenta el interés de los menores en un contexto de procesos judiciales previos, sin apenas separación en el tiempo, tendentes todos ellos a modificar la medida de custodia de sus 2 hijos, [la consideración de que uno y otro han manifestado que quieren irse con su padre poco tiempo después](#) de que se decidiera asignar a su madre la guarda y custodia, [no es ni mucho menos conforme a este interés, antes al contrario, provoca, o puede provocar, un evidente enfrentamiento con las partes en conflicto](#), en una situación en que [la edad de los hijos permite flexibilizar esta medida](#) que, en sí misma, [conlleva otras consecuencias con relación a la vivienda y a los alimentos](#), que [no es conveniente modificar en la situación actual](#).

El interés del menor, añade la sentencia citada, "exige un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar en la que no todos los deseos del hijo se satisfacen necesariamente mediante el cambio de custodia, a modo de ida y vuelta en razón a su estado de ánimo o de situaciones puntuales de divergencia que modifican a conveniencia del menor la guarda y custodia, propiciado en algún caso situaciones indudablemente perversas para el grupo familiar cuando se involucran otras medidas como la de alimentos o el uso de la vivienda, y ello el derecho no lo ampara sin más. **Los conflictos a esas edades entre padres e hijos son en cierta manera lógicos** pero ello no puede servir sin más de argumento para modificar la medida de guarda y custodia adoptada en su momento, previa valoración de todas las circunstancias concurrentes, incluido el informe psicosocial, que ha evaluado la situación familiar.

Es cierto que la opinión de los niños debe ser tenida en cuenta, y que el [art.92 del CCivil](#), en relación con el [art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor](#), no indica ningún criterio para determinar y delimitar el interés del menor en el régimen de custodia, salvo el que resulta de la unión entre los hermanos, como tampoco el carácter o no de prueba del derecho a ser oído, ni el grado de confidencialidad que debe presidir la exploración de los menores. Esta Sala ha utilizado algunos criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010 ; 7 de julio 2011)".

Pues bien, la sentencia ha tenido en cuenta la exploración de los menores y lo ha valorado de forma correcta por lo que su criterio debe mantenerse pues lo cierto es que no tiene sentido que, sin cambio alguno en la relación de la madre custodia con los 2 hijos, se instaure una nueva relación con un régimen de visitas tan amplio en favor de la madre ("libre, amplio y flexible"), que permitiría a los hijos seguir como estaban sin impedimento alguno, lo que no tiene sentido.

Nada hay, por tanto, de arbitrario ni ilógico en la decisión de la A.P., ni en la apreciación de los hechos ni en su valoración, susceptible de alterarla en la forma interesada en el recurso.

TERCERO

Se desestiman ambos recurso, y **se imponen las costas a la parte recurrente**, según los art. [394](#) y [398](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil](#) .

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

FALLAMOS

Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por don Leoncio contra la sentencia dictada por **la A.P. de Sevilla -Sección 2ª-** de fecha 30 de junio 2014, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo 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 José A. Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco J. Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Firmado y Rubricado.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José A. Seijas Quintana, 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 Secretario de la misma, certifico.

www.padresdivorciados.es
usedimad@gmail.com