



Roj: **STS 4032/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:4032**

Id Cendoj: **28079110012020100613**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2020**

Nº de Recurso: **5518/2019**

Nº de Resolución: **648/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 648/2020

Fecha de sentencia: 30/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5518/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/11/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 5518/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 648/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 30 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de junio de 2019, dictada en recurso de apelación 16/2019, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ávila, dimanante de autos de juicio de familia 313/2018 sobre modificación de medidas de divorcio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ávila; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Ofelia , representado en



las instancias por el procurador D. Carlos Sacristán Carrero, bajo la dirección letrada de D. Antonio Sánchez Moreno, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el mismo procurador en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Jorge , representado por la procuradora Dña. Ana María Sánchez Jiménez, bajo la dirección letrada de Dña. Mónica Otero Carretero y siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Jorge , representado por la procuradora Dña. Ana María Sánchez Jiménez y dirigido por la letrada Dña. Mónica Otero Carretero, interpuso demanda de juicio para modificación de las medidas establecidas en sentencia de divorcio contencioso contra Dña. Ofelia y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"en virtud de la cual se acuerde:

"1.º Que se proceda a la modificación de la medida relativa a la guarda y custodia de los hijos menores siendo más beneficioso para los menores establecer un régimen de guarda y custodia compartida que se desarrollaría por periodos semanales con cada progenitor, según lo antes expuesto:

"Los hijos menores del matrimonio Mateo y Tamara quedarán bajo la guarda y custodia de ambos progenitores en sus respectivos domicilios por periodos de alternancia semanal entendiendo que los periodos van de lunes a lunes.

"Este régimen será alterado únicamente en las fiestas de Navidad, Semana Santa y vacaciones estivales, de la forma que se expresa a continuación y siempre en defecto de acuerdo.

"El progenitor que los haya tenido a su custodia en la semana los llevará al colegio el lunes por la mañana, donde el otro progenitor los recogerá a mediodía. En caso de que el lunes sea festivo, los llevará a la casa del otro progenitor.

"En los periodos de vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa, se acuerda lo siguiente:

"A) Vacaciones de verano.- Las vacaciones de los meses de julio y agosto se distribuirán por quincenas de la siguiente manera:

"- del 1 al 15 de julio, del 16 al 31 de julio, del 1 al 15 de agosto y del 16 al 31 de agosto.

"- Los días que correspondan del mes de junio, desde el día siguiente del inicio de las vacaciones hasta el día 30 de junio, se dividirán en dos periodos iguales.

"- Los días de septiembre desde el día uno hasta el día del inicio del curso, se dividirán en dos periodos iguales.

"Los años pares escogerá la madre y los impares el padre. Se entiende que en este periodo de vacaciones al ser el de mayor duración, cada progenitor deberá tener a sus hijos durante estos periodos que le correspondan, de forma alternativa.

"B) Navidad.

"Primer periodo. El primer periodo comprenderá desde el 23 de diciembre a las 18 horas hasta el 30 de diciembre a las 18 horas.

"El segundo periodo corresponderá desde el 30 de diciembre a las 18 horas hasta el 6 de enero a las 12 horas.

"C) De Semana Santa. Se repartirá por mitad, iniciándose el primer periodo el día siguiente a aquél en que finalicen las clases a las 17 horas y finalizando el Miércoles Santo al medio día. El segundo periodo comenzará el Miércoles Santo al medio día y finalizará el día inmediatamente anterior a aquél en que comiencen las clases.

"Aclaración general. Sin perjuicio de lo establecido para el periodo de las vacaciones de verano, cada periodo de vacaciones: verano, Navidad y Semana Santa se establecen de forma autónoma, es decir, si un progenitor estuviera con sus hijos el último periodo de las vacaciones de verano, y fuera el año de su elección, podrá elegir para iniciar su derecho en Navidad o/ Semana Santa; el primer o segundo periodo según le conviniera. La elección de años pares o impares que corresponde a cada progenitor, se establece para todo el año completo, es decir, se incluyen los tres periodos de vacaciones.

"- En las fechas señaladas de algún acontecimiento de especial tradición familiar, hasta primo-hermanos (por ejemplo: bodas, bautizos, cumpleaños...), y los menores se encuentren bajo la custodia del progenitor de la otra familia, éste deberá devolver ese día a los menores a las 17:00 horas para que éstos puedan participar de tales eventos con la familia que los celebren.



"Este régimen de visitas no interferirá -ni mucho menos impedirá- el desarrollo de las actividades escolares o extra escolares que vinieren previamente programadas.

"Ambos progenitores facilitarán la comunicación de los hijos con el otro progenitor en los periodos vacacionales referidos, pudiendo comunicar con éstos diariamente de forma telefónica, epistolar, electrónica o audiovisual.

"Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentren con los hijos, dirección y teléfono.

"Si alguno de los progenitores deseara cambiar de residencia o tuviera que hacerlo por motivos profesionales, ambos cónyuges convienen que habrá de notificárselo al otro de forma fehaciente, comprometiéndose a revisar y proceder a la modificación de la guarda y custodia y régimen de visitas.

"Ambos progenitores convienen que no podrán trasladarse fuera del territorio nacional en compañía de los hijos habidos en el matrimonio sin consentimiento expreso del otro progenitor o, en su defecto, de autorización judicial.

"Ambos progenitores tienen derecho a ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a los hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación, e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden juntos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de los hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de ellos soliciten.

"El progenitor que en ese momento se encuentre con los hijos podrá adoptar decisiones respecto a ellos en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el día a día de los menores puedan producirse.

"La patria potestad de los hijos viene ejerciéndose por ambos progenitores conjuntamente, conforme a los arts. 154 y 156 CC y así va a continuar, comprometiéndose ambos a consultarse mutuamente todas aquellas decisiones importantes que afecten a la vida y educación de dichos hijos, así como a comunicarse las incidencias que afecten a éstos, de carácter eventual o extraordinario, principalmente en el supuesto de enfermedad.

"Pensión alimenticia.- Dado que los hijos pasarán exactamente el mismo periodo de tiempo al año con cada uno de los progenitores en el domicilio de estos, se acuerda que cada progenitor se hará cargo de los gastos que se ocasionen durante la convivencia con los hijos.

"Gastos extraordinarios.- Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los menores, tales como material escolar, actividades extraescolares, gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la sanidad pública, dentista, gafas etc, serán sufragados por ambos progenitores por mitad, siempre que sean consensuados y se acrediten suficientemente.

"Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada, en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda".

2.- Admitida a trámite la demanda y emplazados el fiscal y la demandada, el fiscal se personó en las actuaciones y contestó a la demanda suplicando al juzgado:

"Dicte sentencia de conformidad con lo que resulte probado de las actuaciones y los preceptos jurídicos oportunos".

3.- La demandada Dña. Ofelia , representada por el procurador D. Carlos Luis Sacristán Carrero y bajo la dirección letrada de D. Antonio Sánchez Moreno, se personó en autos y contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Jorge , y todo ello con expresa imposición de las costas a la parte actora".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ávila se dictó sentencia, con fecha 5 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que desestimo la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Sánchez Jiménez, en nombre y representación de D. Jorge , frente a Dña. Ofelia que actuó representada por el procurador Sr. Sacristán Carrero, debo absolver y absuelvo a la demandada de todo pedimento.



"Con imposición de las costas procesales a la parte actora".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ávila dictó sentencia, con fecha 18 de junio de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Jorge contra la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2018 del Juzgado de 1.ª instancia núm. 1 de Ávila, debemos de revocar y revocamos la misma acordando lo siguiente:

"1) Se establece un sistema de guarda y custodia compartida de los dos hijos menores y ello por periodos semanales alternos de tal manera que una semana estarían con el padre y otra con la madre, abonando cada uno los gastos alimentarios correspondientes en el periodo en que se encuentran con el mismo.

"2) El sistema de disfrute de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano será el previamente establecido en anterior resolución judicial (divorcio de mutuo acuerdo 235/16) del Juzgado núm. 1 de Ávila).

"3) Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad.

"4) El progenitor que haya tenido a los hijos la correspondiente semana llevará a los hijos al colegio el lunes por la mañana y el otro progenitor los recogerá cuando corresponda.

"5) Cada parte abonará sus propias costas en 1.ª Instancia y apelación".

TERCERO.- 1.- Por Dña. Ofelia se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3.º de la LEC denunciando la infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 90.3 del Código Civil, y oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Motivo segundo.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2. 3.º de la LEC denunciando la infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 92, apartados 6 y 8 del Código Civil, pues no se ha tenido en cuenta la mala relación y falta de dialogo entre los progenitores lo que hace que difícilmente el sistema de custodia compartida proteja adecuadamente el interés superior de los menores y por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo.

Motivo tercero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3.º de la LEC, denunciando la infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 92, apartados 2, 6 y 9 del Código Civil; y 3.1 y 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989; el art. 39 de la CE; y los arts. 2 y 11.2.a de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 1 de julio de 2020, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, por la parte recurrida personada no se presentó escrito alguno. Por su parte, el Ministerio Fiscal formuló las alegaciones que estimó oportunas, solicitando la desestimación del primer motivo y la estimación de los motivos segundo y tercero del recurso de casación interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 25 de noviembre de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

El presente recurso trae causa de demanda de modificación de medidas promovida por el esposo respecto de las medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio de mutuo acuerdo de fecha de 12 de diciembre de 2016, por la que se aprobaba convenio regulador en el que se atribuía la guarda y custodia de los dos hijos menores en común a la madre (nacidos, respectivamente, en los años 2008 y 2012), y en la que se solicita por el padre la adopción de un régimen de guarda y custodia compartida.

La sentencia de primera instancia considera que, a tenor de las pruebas practicadas, resulta acreditado:



- a) El padre a la fecha de la sentencia de divorcio trabajaba como cocinero, pero en la actualidad trabaja como peón de la construcción en la localidad de DIRECCION002 en Madrid, con un horario laboral de 10 a 19 horas.
- b) Los menores residen en el domicilio familiar en DIRECCION000 con su madre, y el padre reside en DIRECCION001 .

La sentencia desestima la demanda al considerar que no consta acreditado un cambio de circunstancias en interés de los menores. Pues el nuevo trabajo del padre es de carácter temporal, hasta el fin de obra, con desconocimiento de su plazo de duración, y supone un aumento de la distancia del actual centro de trabajo y, por otro lado, la comunicación entre los cónyuges no es buena, habiéndose aportado en autos denuncia relativa al cumplimiento del régimen de visitas.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado por el padre recurso de apelación, la Audiencia Provincial estima el recurso, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartida, por periodos semanales, abonando cada uno los gastos alimentarios correspondientes en el periodo en que se encuentran con el mismo.

Considera la sentencia de apelación que el padre "mantiene" que puede encargarse de las tareas relativas de llevar a los menores al colegio en DIRECCION000 , a diario desde el lugar que vive (DIRECCION001), así como hacerse cargo de los alimentos de los hijos en el periodo en que se encuentran con el mismo.

3.- Recurso de casación.

Contra la citada sentencia se interpone por la madre de los menores recurso de casación fundado en tres motivos: el primero, por infracción del art. 90.3 CC, al considerar que no habría sido acreditado, ni siquiera mínimamente, un cambio sustancial de circunstancias en beneficio de los menores, pues el régimen establecido en la sentencia ahora impugnada supondría que los niños, en los periodos de custodia con el padre, tendrían que levantarse a las seis de la mañana y, tras desayunar y lavarse, ir a DIRECCION000 donde permanecerían en casa de una persona asalariada hasta la entrada en el colegio; segundo, por infracción del art. 92. 6 y 8 CC, al entender que existiría mala relación entre los progenitores, que no respondería a un mero distanciamiento tras la ruptura, sino que constituiría un obstáculo insalvable para la adopción del régimen de guarda y custodia compartida; y el tercero, por infracción de los arts. 92, 2, 6 y 9 CC, 3.1 y 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 39 CE, y arts. 2 y 11.2 LO 1/1996, al entender que se habría denegado a los menores a ser oídos, habiéndose denegado tanto en primera como segunda instancia, al considerarse que no aportaría nada al procedimiento, pese a la voluntad contraria de los menores al establecimiento del nuevo régimen.

SEGUNDO.- *Motivo tercero. Al amparo de lo establecido en el artículo 477.2.3.º de la LEC , denunciando la infracción del principio de protección del interés del menor, y la no aplicación o aplicación incorrecta del artículo 92, apartados 2 , 6 y 9 del Código Civil ; y 3.1 y 12.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989; el art. 39 de la CE ; y los arts. 2 y 11.2.a de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y oposición a la doctrina del Tribunal Supremo.*

La sala inicia su análisis por este motivo tercero, dado que su estimación hace innecesario el análisis del resto de los motivos.

Consta acreditado que la madre solicitó la exploración de los menores (actualmente de 12 y 8 años de edad) en primera y segunda instancia, denegándose la prueba sin motivación.

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".

En igual sentido la sentencia 578/2017, de 25 de octubre.

En la sentencia 413/2014, de 20 de octubre, se declaró:

"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.

"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".



A la vista de esta doctrina y de acuerdo con el art. 92, 2, 6 y 9 del C. Civil, debemos declarar que al no haberse oído a los menores, y no haberse rechazado motivadamente la propuesta de exploración, procede estimar el tercer motivo del recurso y, por ende, estimar el recurso de casación y, en consecuencia, procede la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración de los menores (directamente o a través del equipo psicosocial), dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda.

TERCERO.- Estimado el recurso de casación no ha lugar a imponer costas del mismo (art. 398.2 LEC),
Procede la devolución al recurrente del depósito constituido para este recurso.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Ofelia contra la sentencia de fecha 18 de junio de 2019, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ávila (apelación 16/2019)

2.º- En consecuencia, procede la anulación de la sentencia recurrida, con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que, previa exploración de los menores, dicte sin demora la sentencia que con arreglo a derecho corresponda.

3.º- No ha lugar a imposición de costas del recurso.

Procede la devolución al recurrente del depósito constituido para el recurso.

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.