



www.civil-mercantil.com

Referencia: NCJ060154

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 427/2015, de 10 de julio de 2015

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1118/2014

SUMARIO:

Familia. Guardia y custodia de menores. Prueba pericial. Derecho del menor a ser oído en los procedimientos en que se adoptan estas medidas. 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. Igualmente el Tribunal Constitucional señala 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. La audiencia a los menores de doce años no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha de fundar de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución del menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente al menor.

PRECEPTOS:

Constitución Española, art. 24.

PONENTE:

Don José Antonio Seijas Quintana.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, 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 Sección 22º de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 311/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Felicísimo, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Elena Puig Turegano; siendo parte recurrida doña Lina, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Castro Rodríguez. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.



www.civil-mercantil.com

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La procuradora doña Elena Puig Turegano, en nombre y representación de don Felicísimo, interpuso demanda de juicio sobre relaciones paterno filiales con adopción de medidas coetáneas a la misma, contra doña Lina. Alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que, reconociendo la ruptura de la unión paramatrimonial existente hasta ahora entre las partes, se acuerden los siguientes efectos:

1.- Se establezca la guarda y custodia de la menor a favor del padre, con el régimen de visitas que se expresa para el supuesto de la guarda y custodia compartida por anualidades a favor de la madre, y condenándose a la misma al abono como pensión alimenticia la cantidad que corresponda al asumir la totalidad de los gastos escolares y educativos de los menores, además del 50% de los gastos extraordinarios de los hijos.

Subsidiariamente

2.- Se establezca que la guarda y custodia de los hijos sea compartida por ambos progenitores, al igual que la patria potestad, con el régimen de vacaciones o visitas que se solicita:

a) La guarda y custodia compartida por cursos escolares cada anualidad un progenitor, siendo el presente curso escolar a favor de la madre (para evitar un nuevo cambio drástico en los menores), y en este caso se establezca un régimen de visitas a favor del progenitor que en ese momento no ejerza la custodia de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del Colegio hasta el lunes que reintegrara a los menores directamente al centro escolar, dichos fines de semana se adelantaran en la recogida o retrasaran en la entrega en caso de puente o festividad escolar, así como dos días entre semana. Los niños pernoctaran con Don Felicísimo todos los miércoles y jueves, Don Felicísimo recogerá a los menores directamente del centro escolar y lo reintegrará al siguiente día lectivo directamente al centro escolar, pernoctando con doña Lina los lunes y martes quien los recogerá del centro escolar los lunes y los entregará en el centro los miércoles.

b) Se establezca un régimen de vacaciones por los periodos no lectivos escolares, que en caso de desacuerdo queda establecido:

Corresponderá al padre tener consigo a la menor la primera mitad de los periodos no lectivos escolares de los menores en los años pares y la segunda mitad en los años impares.

La primera semana tras cada uno de los periodos no lectivos escolares, corresponderá tener consigo a los menores a aquel progenitor que haya disfrutado del primer periodo vacacional con los hijos.

El periodo vacacional de Navidad, Semana Santa y verano se entiende de la forma que se detalla:

2.- En el régimen de guarda y custodia compartida, ambos cónyuges contribuirán de conformidad con sus ingresos a las necesidades de los hijos y concretamente el padre abonará la cantidad de 300 euros mensuales, en tanto en cuanto la madre se hará cargo directamente de la totalidad de los gastos educativos de los hijos.

Los gastos extraordinarios serán cubiertos por mitad entre ambos.



www.civil-mercantil.com

Serán de cuenta de cada progenitor los gastos de alimentación y vestido mientras con cada uno permanezcan.

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 Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de doña Lina , 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:

Primero.

Se atribuya el ejercicio de la patria potestad a ambos padres.

Segundo.

Que la guarda y custodia de los hijos, se atribuya de manera exclusiva a la Sra. Lina .

Tercero.

Se establezca el siguiente régimen a favor del Sr. Felicísimo :

a) Régimen de visitas a favor del Sr. Felicísimo en relación con Carolina.

Periodos escolares.

I. Fines de semana alternos: El padre podrá disfrutar de la compañía de su hija fines de semana alternos entendiéndose como fin de semana el plazo comprendido desde el viernes a las salidas del colegio hasta el lunes, reintegrando a la menor en el centro escolar.

II. Una tarde intersemanal: El Sr. Felicísimo podrá estar en compañía de su hija una tarde entre semana, que a falta de acuerdo será la tarde de los miércoles, que comprenderá desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas, debiendo reintegrar a la menor en el domicilio materno.

Periodos vacacionales

I) Vacaciones de Semana Santa: Las vacaciones de semana santa corresponderán alternativamente a cada progenitor. A falta de acuerdo, permanecerán con el padre los años impares y con la madre los pares. Las entregas y recogidas de la menor deberán efectuarse en el domicilio materno.

II) Vacaciones "mid término": La menor cada trimestre escolar disfruta de una semana de vacaciones. Cada semana de cada trimestre escolar, ambos progenitores podrán disfrutar de la compañía de su hija por mitad. A falta de acuerdo, corresponderá a la madre elegir periodo en los años impares y al padre en los años pares.

III) Vacaciones de verano: Ambos progenitores podrán disfrutar de la compañía de su hija la mitad del periodo no lectivo de vacaciones de verano de la menor. A falta de acuerdo, corresponderá elegir periodo a la madre los años impares y al padre los pares. Las entregas y recogidas de la menor deberán efectuarse en el domicilio del progenitor en que en cada momento se encuentre la menor.



www.civil-mercantil.com

Para el anterior reparto deberá reducirse, y no se computarán para el reparto, los períodos de tiempo que la menor se encuentre en actividades que supongan la inexistencia de pernocta en el domicilio de cualquiera de ellos, por ejemplo que se encuentren efectuando un campamento, o cursos de especialización o de estudio en el extranjero, todo ello con la finalidad de que ambos progenitores disfruten de igual tiempo real con la menor en sus efectivas vacaciones.

IV) Vacaciones de Navidad: Corresponderá a cada progenitor disfrutar en compañía de su hija la mitad de las vacaciones de Navidad. El primer periodo será el comprendido desde el último día de colegio hasta las 12:00 horas del 31 de diciembre. El segundo periodo abarcará desde las 12:00 horas del 31 de diciembre hasta el último día no lectivo a las 20:00 horas. En caso de desacuerdo corresponderá elegir periodo a la madre en los años impares y al padre en los pares.

Con independencia de lo anterior, la hija permanecerá siempre con la madre los días 24 de diciembre, 1 de enero y 5 de enero y con el padre el 25 de diciembre y el 31 de diciembre.

El día de Reyes, será repartido por mitad entre ambos progenitores permaneciendo la menor con la madre hasta las 16,00 de la tarde, y con el padre, desde las 16.00 horas de la tarde hasta las 20:00 horas, debiendo recogerles y reintegrarles en el domicilio de la madre.

b) Régimen de visitas a favor del Sr Felicísimo en relación con Juan Pablo .

En cuanto Juan Pablo , teniendo en cuenta que en la actualidad está próximo a cumplir 15 años de edad, está parte considera que lo más conveniente es no establecer ni fijar un régimen de visitas estricto, sino que el menor se relacione con su padre en la manera que ellos, de mutuo acuerdo, decidan.

En el supuesto de que no alcancen ningún acuerdo, solicitamos, de forma subsidiaria, el mismo régimen de visitas que entre el Sr. Felicísimo y Carolina . Entendemos que dicho régimen será el más conveniente y beneficioso para mejorar la relación.

CUARTA.- Que el Sr. Felicísimo abone en concepto de pensión de alimentos a favor de su hijos menores la cantidad de 500 euros mensuales, es decir, 250 euros mensuales por cada hijo. Dicha cantidad deberá ser abonada en doce mensualidades, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre. Deberá ser actualizada anualmente de conformidad con las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u Organismo que lo sustituya.

Además, el progenitor paterno deberá abonar el 75% de los gastos escolares de los hijos, y la madre un 25%, y todo ello teniendo en cuenta las capacidades económicas de cada uno de ellos.

QUINTA.- En cuanto los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los hijos de las partes, entendiéndose como tales, los gastos médicos, quirúrgicos o farmacéuticos, que no estén cubiertos por la seguridad social, campamentos, clases extraescolares, serán abonados por mitad por ambos progenitores, previo acuerdo de los Cónyuges sobre la procedencia de dicho gasto, exceptuando los que sean de carácter Urgente. No obstante, en caso de discrepancia entre ambos progenitores, serán autorizadas por el Juzgado.

SEXTA.-. Que se proceda a la condena expresa de las costas a la parte demandante por haber originado el presente procedimiento.

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 85



www.civil-mercantil.com

de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue

FALLO:Que estimando en parte la demanda interpuesta por D. Felicísimo , representada por la Procuradora doña Elena Puig Turegano, contra doña Lina , representada por la procuradora D^a Teresa de Castro Rodríguez se acuerda:

1º. Atribuir la guarda y custodia de los hijos menores, a la madre D^a Lina manteniendo el resto de las funciones de la patria potestad en forma compartida.

2º El régimen de comunicación paterno-filial para el progenitor que no tenga atribuida la guarda y custodia, con carácter mínimo y sin perjuicio del que ambos padres puedan convenir en beneficio de sus hijos será:

Respecto al común descendiente Juan Pablo queda al libre acuerdo del padre con el menor la fijación del régimen de visitas.

Podrá don. Felicísimo tener en su compañía a la hija Carolina a falta de otro acuerdo fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta los lunes en que la reintegrara al centro escolar, y una tarde entre semana, que a falta de otro acuerdo será la del miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas y la mitad de las vacaciones escolares de la menor, con elección de los periodos a falta de acuerdo el padre en los años impares.

3º La contribución a los alimentos de los hijos es proporcional a los ingresos de cada uno de los progenitores y al tener encomendada la madre los hijos, será quien administre sus necesidades económicas, para lo que el padre contribuirá con la cantidad mensual de 500 Euros. La contribución económica establecida, deberá ser ingresada en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la madre designe, sin que sea admisible ninguna otra forma de pago. La cantidad consignada deberá ser actualizada, sin necesidad de requerimiento previo, por el obligado al pago, cada primero de año, en la misma proporción que experimente la variación del IPC del ejercicio anterior. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad. considerándose de modo expreso como gasto extraordinario el correspondiente a gastos escolares.

4º No ha lugar pronunciamiento sobre el cambio de centro escolar de la hija común Carolina .

Segundo.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, la representación procesal de don Felicísimo . La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que estimando parcialmente el recurso de apelación deducido por don Felicísimo , contra la sentencia dictada en autos sobre guarda y custodia nº 311/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 85 de Madrid , ente aquel y doña Lina , debemos revocar y revocamos también en parte meritada resolución, **ACORDANDO:** En coyuntura de desacuerdo, las visitas intersemanales de los miércoles entre don Felicísimo y Carolina , se llevarán a cabo con pernocta finalizado el contacto los días viernes al inicio de la jornada escolar, en que la menor será entregada por el padre en el colegio.



www.civil-mercantil.com

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Con fecha 12 de Marzo de 2014, se dicto auto de aclaración cuya parte dispositiva: Debemos aclarar y aclaramos la sentencia de fecha 28 de febrero de 2014 rectificando el Fallo que queda redactado ACORDANDO: En coyuntura de desacuerdo, las visitas intersemanales de los miércoles entre don Felicísimo y Carolina , se llevarán a cabo con pernocta, finalizando el contacto los días jueves al inicio de la jornada escolar, en que la menor será entregada por el padre en el colegio.

Se mantiene en lo restante la sentencia de 28 de febrero de 2014 .

Tercero.

Contra la expresada sentencia interpuso recurso por infracción procesal la representación de don Felicísimo con apoyo en los siguientes MOTIVO:UNICO.- Al amparo del artículo 469 1.4º LEC , por infracción del artículo 24 de la CE . Sostiene violación del derecho fundamental derivado de la inadmisión de la prueba pericial psicológica y exploración judicial de la menor artículo 770.4 LEC que se solicitaron a la Audiencia Provincial.

En cuanto al recurso de casación con apoyo en el siguiente MOTIVO: UNICO.- El artículo 92.2.CC y artículo 12 de la Convención de los Derechos del niño.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 23 de diciembre de 2014 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de doña Lina , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación de ambos recursos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de Junio de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se formula un doble recurso -extraordinario por infracción procesal y de casación- con la pretensión de que se case y anule la sentencia recurrida y se ordene, de un lado, que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en la infracción procesal a fin de que se practiquen las pruebas indebidamente denegadas en la forma oportuna y, de otro, que se establezca "la obligatoriedad de oír a los menores en los procesos donde se discuta su guarda y custodia o régimen de visitas".

El primero de los recursos se formula por la inadmisión de "una prueba fundamental para la determinación de la custodia", como es la prueba pericial y la exploración de la menor, con evidente indefensión



www.civil-mercantil.com

En el segundo, se reitera la infracción relativa a la falta de exploración de la menor y vulneración de la doctrina de esta Sala expresada en las sentencias de 14 de mayo de 1987, 11 de junio 1996 y 25 de octubre de 2012 .

Segundo.

Los dos recursos se van a analizar conjuntamente al estar referidos ambos al derecho del menor a ser oído en los procedimientos en los que se adoptan medidas relativas a su guarda y custodia. Los dos se desestiman, conforme también interesa el Ministerio Fiscal.

En primer lugar, no hubo oposición el acto del juicio a que la guarda y custodia se otorgara a la esposa, antes al contrario, hubo una propuesta consensuada por las partes acerca del otorgamiento de la guarda y custodia a la madre, como se afirma en la sentencia del Juzgado, sin que hubiera sido cuestionado en la que ahora se recurre, por lo que la prueba resultaba por completo innecesaria, como así se dijo en el auto de 12 de octubre de 2013.

Como declara entre otras las sentencias de esta Sala de 14 de julio de 2010, rec 1914/2006 , y 29 de noviembre de 2010, rec. 361/2007 , citadas en la de 27 de septiembre de 2012 , para que una denegación de prueba adquiera relevancia constitucional infringiendo el derecho a la defensa que consagra el artículo 24 de la Constitución Española , que pueda operar en el campo de la legalidad ordinaria es preciso que se haya traducido en una efectiva indefensión material en el sentido de que la parte afectada quede privada de la posibilidad de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (TCSS 169/96 de 29 de octubre, 101/99 de 31 de mayo, 159/02 de 16 de septiembre). Se exige, por consiguiente, que la prueba sea decisiva en términos de defensa, lo que sólo sucede en el caso de que, de haber sido tomada en consideración, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta con efecto favorable para quien denuncia infracción de derecho fundamental (TCSS 219/1988 de 17 de diciembre, 159/2002 de 16 de septiembre). Y la misma exigencia de demostrar que la práctica de la prueba omitida hubiera tenido trascendencia decisiva (valor relevante o influencia notoria) para resolver el litigio se viene requiriendo por la doctrina del Tribunal Supremo sentencias, entre otras, 29 de febrero de 2000, 19 de diciembre de 2001 , como un motivo de quebrantamiento de las garantías del proceso determinante de la casación, pues obviamente, de no ser así no concurriría la situación de indefensión.

En segundo lugar, 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 .

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".

La sentencia de 4 de noviembre 2013 declara que "la audiencia a los menores de doce años, como es el caso, no depende de lo que el tribunal piense sobre ellos, sino de que tengan suficiente juicio para opinar sobre su situación, la decisión de la no admisión o la no práctica de exploración la ha fundado de forma motivada el órgano judicial teniendo en cuenta la situación y evolución de la menor y sobre todo los beneficios, ventajas, inconvenientes y utilidad de este



www.civil-mercantil.com

instrumento de convicción del juez o tribunal que va a resolver sobre una medida que va a afectar directamente a la menor".

En el caso, estamos ante una niña que en el momento en que se formula la demanda (13 de marzo 2012) tenía 9 años (Carolina , a la que se refiere la medida, nació el NUM000 de 2003), con la madurez acorde con su edad y ante una medida que ha sido denegada de forma motivada sin que ello afecte a su esfera personal y familiar, por cuanto resultaba innecesaria e intrascendente en relación al cambio o la determinación del progenitor custodio, o al establecimiento de un nuevo sistema de guarda.

Tercero.

Según lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC , se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1º .- Se desestiman los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la representación procesal de don Felicísimo , contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 22- de 28 de febrero 2014, dictada en el rollo de apelación num. 404/2013 , con expresa imposición a dicha parte de las costas de ambos recursos.

Líbrese 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 Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas.Firmado y Rubricado.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio 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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.