

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La representación procesal de don Ambrosio, interpuso demanda de modificación de medidas contra doña Benita, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara,

«...sentencia por la que, estimando la presente demanda y modificando la sentencia de 19 de enero de 2011 que contiene las medidas que actualmente se encuentran en vigor, fije las siguientes medidas definitivas:

»1.- Que se atribuya al padre, D. Ambrosio, la guarda y custodia de la hija menor Crescencia, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

»2.- Que el resto de medidas relativas al régimen de visitas, pensión alimenticia y gastos extraordinarios sigan vigentes respecto de la madre.

»Todo ello con expresa condena en costas a la demandada.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

«...Sentencia en la que se desestime íntegramente la solicitud efectuada por la parte actora, todo ello con expresa condena en costas por la temeridad y mala fe.»

3.- El Ministerio Fiscal compareció y contestó la demanda oponiéndose a la misma.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba, dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que debo acordar y acuerdo estimar la demanda presentada por el/la procurador/a Sra. Aguayo Corraliza, en nombre y representación de D. Ambrosio contra Da Benita, modificando la Sentencia de fecha 19 de enero de 2011, dictada en los autos de Procedimiento Especial de Guarda y Custodia 810/2010 del Juzgado de 1ª instancia n.º 1 de Málaga), en los siguientes términos:

»1º.- Que la Guarda y Custodia de la hija menor, pasará a ostentarla el padre, quedando compartida la patria potestad.

»2º.- Que se establece a favor de la madre el siguiente régimen de visitas:

»-Fines de semana alternos desde los viernes a las 17 horas al domingo a las 21 horas.

»-La mitad de todas las vacaciones escolares de Navidad (desde el primer día a las 11 horas al 30 de diciembre a las 20 h y desde ese día y hora al día anterior a que se reanude el curso a las 20 h.), de Semana Santa (desde el viernes de Dolores a las 17 horas al miércoles santo a las 14 h y desde ese día y hora al domingo de resurrección a las 20 horas) y Verano (los años pares el padre disfrutará de su hija las dos primeras quincenas de julio y agosto desde las 11 horas del día 1 a las 11 horas del día 16 y los años impares las dos segundas quincenas, desde las 11 horas del día 16 a las 11 horas del día 1 del mes siguiente. La madre disfrutará del resto del periodo vacacional de verano, esto es, los años pares desde el primer día del periodo vacacional a las 11 horas, hasta las 11 horas del 1 de julio, más desde las 11 horas del 16 de julio a las 11 horas del 1 de agosto, más desde las 11 horas del 16 de agosto al día anterior a que de comienzo el curso escolar a las 20 horas; y en los años impares,

desde el primer día del periodo vacacional a las 11 horas del 16 de julio, más desde las 11 horas del 1 agosto a las 11 horas del 16 de agosto, más desde las 11 horas del 1 de

septiembre al día anterior a que de comienzo el curso escolar a las 20 horas).

»Correspondiendo la primera mitad de cada periodo vacacional de Navidad y Semana Santa al padre los años pares y la segunda mitad los impares y a la madre a la inversa.

»Dichos horarios podrán verse modificados en función de los horarios de trenes, que tengan el servicio de acompañamientos a menores, Málaga-Córdoba y Córdoba- Málaga, debiendo ajustarse lo máximo posible a los mismos.

»La menor será recogida y reintegrada en la estación de RENFE de Málaga y Córdoba respectivamente, salvo que el progenitor/a por propia voluntad decida llevarla o recogerla en su vehículo, lo que deberá comunicar al progenitor contrario con al menos 48 horas de antelación. Ahora bien, haciendo constar que los gastos de traslado de la menor deberán ser abonados por ambos progenitores al 50% o lo que es lo mismo, un fin de semana al mes cada progenitor debe sacar el ida y vuelta del billete de la niña al resultar más económico que comprar la ida y la vuelta por separado. Si los padres, de común acuerdo, deciden usar otro transporte público, el lugar de entrega y recogida será el de la estación de trenes o autobuses correspondiente en Málaga y Córdoba respectivamente.

»El progenitor no custodio, en cada caso, podrá comunicarse con su hija, una vez al día, vía telefónica o por cualquier otro medio técnico, que en defecto de acuerdo de los padres, deberá ser de 19 a 20 horas, a cuyo efecto cada progenitor deberá proporcionar al otro un número de teléfono, por cualquier medio que deje constancia de su recibo, que deberá estar habilitado en dicha franja horaria.

»Y todo ello con la advertencia expresa a la progenitora, de que ha de cesar en su actitud obstruccionista reflejada por el equipo técnico en su informe, a saber, deberá dejar de cuestionar y criticar de cualquier forma a la figura paterna, en comentarios dirigidos hacia su hija, a fin de que no la condicione directa y negativamente en la adaptación al entorno familiar paterno, y deberá dejar de obstaculizar en lo sucesivo el régimen de visitas a favor de padre, ya que en caso contrario, por vía de ejecución de sentencia, el cambio de ejecución de custodia, podría adelantarse a este mismo curso escolar, con la suspensión correlativa del régimen de visitas a favor de la misma, hasta que la adaptación de la menor en la nueva custodia paterna esté consolidada, momento en que se reanudará en los términos que establezca el equipo técnico al efecto.

»Que a fin de garantizar que por parte de la progenitora se está cumpliendo con todo ello, se acuerda que por el equipo psicosocial se haga un seguimiento del caso, mensual o bimensualmente, según estimen los técnicos más adecuado, hasta la materialización del cambio de custodia y la consolidación del mismo.

»3º.- Que la pensión de alimentos a favor de la hija y a cargo de la madre será de 150 € al mes, cantidad que deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe el padre, y se actualizará, cada primero de enero, conforme al IPC.

»4º.- Que los gastos extraordinarios de la menor, serán satisfechos al 50% por ambos progenitores.

»Y todo ello sin hacer especial condena en costas a ninguna de las partes.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demandada y, sustanciada la alzada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Córdoba, dictó sentencia con fecha 4 de mayo de 2016 (sic), cuyo Fallo es como sigue:

«Se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Bajo Herrera, en representación de doña Benita, frente a la sentencia dictada por la Il.ª Sra. Magistrada del Juzgado de 1ª Instancia núm. Tres de Córdoba, en fecha 18 de Noviembre de 2016, que se confirma, sin imposición de costas.»

TERCERO.- La procuradora doña Cristina Bajo Herrera, en nombre y representación de doña Benita, interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional, fundado el primero, de conformidad con el artículo 469.1.4 LEC, en la vulneración del artículo 24.1 CE, al existir un error patente y arbitrario en la valoración de la prueba del informe psicosocial ( artículo 348 LEC).

Por su parte el recurso de casación se formula por vulneración de lo dispuesto en los artículos 92 CC, artículos 2 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero y artículo 39 de la Constitución Española, por razón del interés del menor concepto que ha sido desarrollado en la LO 8/2015, de 22 de julio.

CUARTO.- Por esta sala se dictó auto de fecha 15 de noviembre de 2017 por el que se acordó la admisión de dicho recurso y dar traslado del mismo a la parte recurrida, don Ambrosio, que se opuso mediante escrito presentado en su nombre por la procuradora doña Soledad San Mateo García, habiéndose opuesto igualmente el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 20 de marzo de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Seguido proceso de modificación de medidas por demanda de don Ambrosio en el que, accediendo a su petición, se le concedió la guarda y custodia de su hija menor, Crescencia, nacida el NUM000 de 2004, que anteriormente ostentaba la madre doña Benita, la cuestión planteada ahora por ésta como recurrente radica en que -según afirma- tanto la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba, como la de la Audiencia Provincial, han otorgado indebidamente la guarda y custodia de la menor al padre.

La parte recurrida, al amparo del artículo 485 LEC, solicita que se declare la inadmisibilidad del recurso por falta de similitud entre los supuestos contemplados por las sentencias en que se pretende fundamentar la existencia de interés casacional y el caso ante el que nos hallamos. Esta sala ha declarado que en este momento procesal únicamente cabe alegar causas de inadmisión de carácter absoluto, que implicarían verdadero error en la admisión, sin poder cuestionar ya los aspectos propios del fondo que han de ser tratados junto con éste. En consecuencia procede examinar los recursos interpuestos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Se formula este recurso por un solo motivo, de conformidad con el artículo 469.1.4 LEC por vulneración del artículo 24.1 CE, denunciando un error patente y arbitrario en la valoración de la prueba del informe psicosocial ( artículo 348 LEC) no superando conforme a la doctrina constitucional el test de racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el caso presente, como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, al oponerse a la estimación del recurso, no solo se practicó la prueba pericial consistente en el informe del Equipo Técnico, sino que también se practicaron pruebas documentales consistentes en las cinco sentencias condenatorias por incumplir la madre el régimen de visitas establecido para el padre, circunstancia que también se tuvo en cuenta por el Equipo Técnico, así como el dato del análisis psiquiátrico a que fue sometida la menor ocultándose al padre su realización, o la audiencia a la menor que llevó a cabo dicho Equipo Técnico y que, posteriormente, repitió la propia Audiencia Provincial. También se tiene en cuenta la denuncia por impago de pensiones interpuesta por la recurrente contra el padre, que posteriormente fue archivada. En todo caso, la propia parte recurrente pone de manifiesto cómo de dicho informe se desprenden razones a favor y en contra de cada una de las soluciones, pese a considerar que los dos progenitores tienen aptitudes suficientes para llevar a cabo satisfactoriamente las funciones de guarda de la menor.

Por ello no procede anular la sentencia recurrida -efecto de la estimación del recurso por infracción procesal- por razón de que la misma realice una interpretación arbitraria o ilógica de la prueba practicada, puesto que dicha resolución aparece adecuadamente motivada y no cabe hablar de un error patente en la apreciación de las pruebas.

Esta sala tiene declarado, entre otras, en la reciente sentencia núm. 624/2017, de 21 de noviembre, que la valoración de la prueba solo es revisable en el recurso extraordinario por infracción procesal cuando las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones y cuyo contenido no haya sido tomado en consideración o lo haya sido con notorio error. Se ha razonado por la sala en el sentido de que el hecho de que la revisión de la valoración probatoria no esté expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 LEC pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias ( sentencias 263/2016, de 20 de abril, y 615/2016 de 10 octubre). También se ha dicho que el carácter extraordinario de este recurso no permite tratar de desvirtuar la apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio ( sentencias 333/2013, de 23 de mayo, 458/2007, de 9 de mayo, 567/2007, de 27 de mayo) y que tal valoración sólo puede excepcionalmente ser revisada mediante el recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 469.1.4.º LEC por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de la prueba o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, en cuanto, al resultar manifiestamente arbitraria o ilógica la valoración, no superaría, el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE ( sentencias 1069/2008, de 28 de noviembre, 458/2009, de 30 de junio, 736/2009, de 6 de noviembre, 333/2013, de 23 de mayo, todas ellas citadas por la sentencia 615/2016, de 10 de octubre).

La sentencia impugnada dice (fundamento de derecho tercero) lo siguiente:

«En conclusión, estamos ante un informe técnico, que pone de relieve, entre otros extremos, que la menor está severamente influenciada por la actitud de la progenitora que cuestiona y critica de forma absoluta a la figura paterna y que dicha situación "afecta a su desarrollo psicoevolutivo y puede tener serias secuelas en su vida posterior"; y como además resulta, que dicho parecer técnico es convergente con el resultado de la exploración de la menor y la insólita, incomprensible e injustificada finalidad que la menor atribuye al deseo del padre de obtener un cambio de régimen de guarda y custodia; la consecuencia, en convergencia con lo informado por el Ministerio Fiscal, mal puede ser distinta a la confirmación de la resolución apelada, pues el transcurso a lo largo del tiempo del régimen de custodia a favor de la madre ha revelado (al margen del periodo de reiterada contumacia en obstaculizar el régimen de visitas establecido en favor del padre; ténganse presentes en este sentido las cinco sentencias condenatorias en juicio de faltas referidas de forma indiscutida por la sentencia apelada), la creación de factores convivenciales altamente negativos para la íntegra formación psicológica y afectiva de la menor que, a modo de sustanciales circunstancias sobrevenidas determinan que sea conforme a una consideración concreta y razonable del propio

interés superior de la misma (y cuando en este caso concreto aludimos al mismo mal podemos dejar de tener en cuenta los criterios generales y de ponderación establecidos en los apartados 2 y 3 del vigente art. 2 de LO. de Protección Jurídica del Menor, y muy significativamente de la concurrencia de que su vida y desarrollo tenga un entorno familiar adecuado y el irreversible efecto del transcurso del tiempo en dicho desarrollo) el cambio de régimen de custodia adoptado en la resolución apelada, máxime cuando se hace no de forma brusca, sino estableciendo un amplio período de adaptación convergente con la duración del curso escolar».

De ahí que la solución adoptada no supone una errónea o ilógica valoración probatoria, siendo precisamente la sentencia de segunda instancia la que es objeto de recurso y no la dictada por el Juzgado a la que ésta última ha sustituido.

#### Recurso de Casación

TERCERO.- El recurso de casación se formula por interés casacional, alegando vulneración de lo dispuesto en los artículos 92 CC, artículos 2 y 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero y artículo 39 de la Constitución Española, por razón del interés del menor concepto que ha sido desarrollado en la LO 8/2015, de 22 de julio.

Cita la parte recurrente las sentencias de esta sala de 31 enero 2013 (rec. 2248/2011) y de 27 de septiembre de 2016 (rec. 3403/2015), la primera en el sentido de que no puede utilizarse como sanción la norma del artículo 776.3 LEC, en cuanto a la posibilidad de cambiar el régimen de guarda por incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de visitas establecido, y la segunda en cuanto se refiere con carácter muy general al interés de los menores.

En primer lugar, la Audiencia no justifica en momento alguno el cambio de guarda y custodia como respuesta a los posibles incumplimientos de la madre en relación con el régimen de visitas, sino que por el contrario se apoya en otras motivaciones ya expresadas.

Sostiene la parte recurrente que la decisión adoptada vulnera el principio del interés de la menor por dos razones «1) Se ha tomado de forma contraria a sus deseos por cuanto ésta ha manifestado que quiere seguir viviendo en Córdoba junto a su madre y abuela que se preocupan por ella, no queriendo irse a vivir con su padre, la pareja de éste y el hijo de ella, porque entre otras razones perdería sus amigos; 2) No se ha tomado en cuenta lo dictaminado por el equipo psicosocial en relación al alto riesgo que supone para la menor el cambio radical en su entorno de vida diario y por tanto la posible aparición de factores estresantes. Asimismo no se ha tomado en consideración el hecho de que el régimen de visitas a favor del padre se ha regularizado desde antes de la interposición de la demanda de modificación de medidas, sin que desde entonces hayan existido conflictos graves, como recoge el informe del equipo psicosocial».

El interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad que, como en este caso ha considerado la Audiencia, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro. Por ello no cabe afirmar que la sentencia impugnada haya resuelto en contra de dicho interés. En este sentido el Ministerio Fiscal pone de manifiesto que

«en virtud de los extensos análisis de las pruebas practicadas, llevados a cabo en ambas instancias, no puede colegirse sino que el interés superior de la menor ha sido analizado de manera precisa, exhaustiva y acertada, tomando la decisión de transferir la guarda y custodia de la menor de la madre al padre, con el fin de evitarle perjuicios que serían irreparables dada la mala influencia que sobre la menor ejerce la madre y que se puede revertir, estando al cuidado del padre. Es decir, en la decisión de tomar la medida de la guarda y custodia a favor del padre, se ha tenido en cuenta y aplicado la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo».

Por ello, el recurso de casación ha de ser desestimado en tanto que la alegación de vulneración del interés de la menor únicamente se apoya en la propia consideración interesada de la parte recurrente.

CUARTO.- Procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el recurso de casación, con pérdida del depósito constituido ( artículos 394 y 398 LEC).

## FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación formulado por la representación de doña Benita contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 1.ª) de 4 de mayo de 2017, en Rollo de Apelación n.º 91/2017, dimanante de autos de juicio ordinario n.º 1073/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Córdoba.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida.

3.º- Condenar a la recurrente al pago de las costas causadas por su recurso, con pérdida del depósito constituido.

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.

