EDJ 2017/143020 STS Sala 1ª de 13/07/2017

Tribunal Supremo Sala 1ª, 13/07/2017, nº 442/2017, rec. 3268/2016

Pte: Baena Ruiz, Eduardo

ÍNDICE

SENTENCIA

En Madrid, a 13 de julio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid el día 12 de julio de 2016, en el recurso de apelación 1461/2015, dimanante de los autos de medidas paterno-filiales nº 22/15 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Majadahonda. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Lucio, representado por la procuradora doña Elsa Blanco González. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida doña Marta, representada por el procurador don Roberto de Hoyos Mencía. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.

1.- La procuradora de los tribunales doña Elsa Blanco González, en nombre y representación de don Lucio formuló demanda de medidas paterno-filiales en la que alegaba que las partes habían mantenido una relación extramatrimonial, naciendo una hija, Otilia.

Como medidas definitivas que han de regir las relaciones paterno filiales se solicitaba al juzgado:

«1.- Que se acuerde atribuir la guarda y custodia de la hija menor de edad a la madre, con patria potestad compartida por ambos progenitores, hasta los dos años de edad con un amplio régimen de visitas a favor del padre, siendo a partir de entonces la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores.

»2.-Que se establezca una pensión de alimentos de 350€, siendo los gastos extraordinarios sufragados al 50% entre ambos progenitores.

»3.- Que no procede pronunciamiento sobre la vivienda familiar al no haber existido nunca.»

2.- El procurador don Roberto de Hoyos Mencía, en nombre y representación de doña Rocío, contestó a la demanda el 23 de abril de 2015 con las pretensiones que se detallan en el suplico de la misma.

3.- El Juzgado dictó sentencia el 9 de junio de 2015, con la siguiente parte dispositiva:

«1.- Que estimando parcialmente la demanda de medidas paterno-filiales solicitud formulada por D. Lucio contra Dña. Rocío, debo acordar y acuerdo las siguientes medidas de sus relaciones paternofiliales con su hija común Otilia :

»Primero.- La hija menor de edad quedará en compañía y bajo la guarda y custodia de la madre. La patria potestad continuará ejerciéndose por ambos padres.

»Segundo.- Se reconoce al progenitor que no convive habitualmente con la hija menor, el derecho de visitarla, comunicarse con ella y tenerla en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres, procurando el mayor beneficio de la hija, y en caso de desacuerdo, y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos:

»1.- Hasta que la menor cumpla seis meses de edad el padre podrá tener consigo a la niña durante una hora desde la 16.00 a las 17.00 horas todos los días, en presencia de la madre.

»2.- Desde los seis meses hasta los nueve meses, el padre podrá disfrutar de su hija a solas durante dos horas los lunes, miércoles,

viernes y sábados de 10.00 a 12.00 horas, con recogida y entrega en el domicilio materno.

»3.- Desde los nueve meses de edad hasta que la menor cumpla un año el padre podrá tener consigo a la niña las tardes de los martes y jueves desde la salida de la guardería hasta las 19.00 horas en que la entregará en el domicilio materno, así como desde las 10.00 hasta las 19.00 horas de los sábados.

»Durante las vacaciones de Verano este régimen quedará en suspenso durante quince días para que la madre pueda disfrutar de sus vacaciones.

»4.- Desde el año de edad de la niña, el régimen de visitas será el de fines de semana alternos desde el viernes a la salida de la guardería o colegio hasta el lunes a la entrada de la guardería o colegio, prolongándose el fin de semana a los días festivos en caso de "puente", además de los miércoles, desde las 17.00 horas, si el día es festivo, o desde la salida de la guardería o colegio, si es lectivo, hasta el día siguiente a las 09.00 horas o hasta la entrada de la guardería o colegio, según los casos.

»A partir del año de Otilia, los períodos vacacionales de Navidad y Verano se repartirán entre ambos progenitores por la mitad, eligiendo la madre su mitad los años pares y el padre la suya los años impares. La Semana Santa se disfrutará por cada progenitor por años alternos, correspondiendo a la madre los años pares y al padre los años impares.

»Tercero.- En concepto de pensión de alimentos de la hija menor, el Sr. Lucio ingresará en la cuenta que designe la madre la cantidad de 500 euros mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año, y dentro de los cinco primeros días de cada mes, a partir de la notificación de la presente resolución. Dicha cantidad será actualizada con efectos de 1º de Enero de cada año, de acuerdo con el porcentaje publicado anualmente por el INE u organismo que le sustituya. Los progenitores sufragarán la mitad de los gastos extraordinarios de la hija, considerándose como tales operaciones quirúrgicas, largas enfermedades, y análogos, previa notificación del hecho que motiva el gasto, y el importe del mismo, para su aprobación, y en caso de no ser aceptado resolvería este juzgado.

»Cuarto.- No ha lugar a atribución del uso de la vivienda familiar.

»No se hace expreso pronunciamiento en relación con las costas causadas.»

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.

1.- La representación procesal de don Lucio, interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, y la representación procesal de doña Rocío, impugnó la misma, correspondiendo su tramitación a la Sección Vigésimo Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 12 de julio de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Lucio, representado por la Procuradora Dª Elsa Blanco González, contra la sentencia de fecha 9 de junio de 2015, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Majadahonda, en autos de Relaciones paterno-filiales número 22/2015, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución; todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.»

2.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de don Lucio, con base en los siguientes motivos:

«Único: Se interpone el Recurso al amparo del art. 477.2 ordinal 3º, por infracción del Artículo 92.5, 92.6 y 92.7 el Código Civil en relación con el Artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 1989, el Artículo 39 de la CE, el artículo 2 y 11 de la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor.»

3.- La Sala dictó auto el 22 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Lucio contra la sentencia dictada con fecha 12 de julio de 2016 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1461/2015, dimanante de los autos de juicio sobre medidas paterno filiales respecto de hijo menor extramatrimonial n.º 22/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Majadahonda.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte o partes recurridas formalicen por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.

»De conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno.»

4.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal en su informe solicitó la estimación del recurso de casación interpuesto.

5.- La representación procesal de la parte recurrida manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

6.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el día 27 de junio de 2017 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- D. Lucio presentó una demanda de medidas paterno-filiales en la que, con fundamento en haber mantenido una relación extramatrimonial con doña Rocío, de la que nació una hija, de nombre Otilia y de dos meses de edad, solicitaba como medida definitiva:

Que se acuerde atribuir la guarda y custodia de la hija menor de edad a la madre, con patria potestad compartida por ambos progenitores, hasta los dos años de edad con un amplio régimen de visitas a favor del padre, siendo a partir de entonces la guarda y custodia compartida entre ambos progenitores.

2.- La sentencia de primera instancia decidió que la patria potestad se ejerciera por ambos progenitores, pero confió la guarda y custodia de la menor a la madre, si bien concediendo al padre un régimen de visitas progresivo, que se tornaba muy amplio a partir de que la hija tuviese un año de edad.

3.- Don Lucio interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, cuyo conocimiento correspondió a la sección vigesimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 12 de julio de 2016 por la que desestimaba el recurso interpuesto.

4.- La audiencia motiva su decisión siguiendo una precisa metodología en su exposición:

(i) En primer lugar, y en sintonía con los pronunciamientos de esta sala, recoge con amplitud los efectos positivos de la guarda y custodia compartida.

(ii) Sin embargo, añade que no puede afirmarse que la guarda y custodia compartida constituya una solución única que valga para todas las situaciones de ruptura matrimonial con hijos.

(iii) A continuación expone las razones por las que no se aventura a establecerla para un momento futuro, cuyas circunstancias se ignoran en la actualidad.

Afirma lo que sigue:

«La relación y comunicación entre los litigantes no es la deseable, tal y como se desprende del interrogatorio del demandante, Don Lucio (minutos 23 y 25 de la vista), pero ello por sí solo no es motivo para excluir la guarda y custodia compartida, pues no tiene repercusión en la hija. Tampoco es un obstáculo insalvable el trabajo como autónomo de Don Lucio, pues puede obtener la colaboración de familiares para atender a la menor. No consta incapacidad del antedicho para cuidar y educar a ésta y ambos progenitores residen en la misma ciudad y en domicilios cercanos. A pesar de estas circunstancias favorables, no se accederá a la petición de la parte apelante, ya que no hay base probatoria que permita inferir que la guarda y custodia compartida, tal como exige el artículo 92.8 del Código Civil, será lo más beneficioso para la menor a partir de los dos años de ésta. A mayor abundamiento hay que señalar que las sentencias deben dictarse en base a circunstancias concurrentes y no en las futuras y que la demandada ha sido la principal figura de referencia de la menor desde su nacimiento. Por otra parte, en el propio recurso de apelación se reconoce (folio 262) que en el momento de dictarse la sentencia recurrida y hasta los dos años de la menor la guarda y custodia a favor de la madre de ésta es una medida adecuada y beneficios. En definitiva, por la parte apelante no se han aportado razones objetivas y fundadas que hayan sido acreditadas, que pongan de manifiesto error en la valoración de la prueba por la juzgadora de instancia y hagan aconsejable en beneficio de la menor cambiar la decisión en materia de guarda y custodia»

5.- Don Lucio interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC.

El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente se articula en un motivo único en el que, tras citar como precepto legal infringido el artículo 92.5, 92.6 y 92.7 del Código Civil, en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 39 de la CE y los artículos 2 y 11 de la LO 1/1996, de Protección del Menor, se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional alegado se citan como opuestas a la recurrida las Sentencias de esta Sala de fechas 29 de marzo de 2016, 3 de mayo de 2016, 16 de febrero de 2015, 30 de diciembre de 2015, 29 de abril de 2013 y 27 de abril de 2012 las cuales consagran el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida de ambos progenitores, señalando los criterios para el establecimiento de la guarda y custodia compartida.

La doctrina contenida en las señaladas sentencias es la siguiente:

"la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurran 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, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea".

Señala la parte recurrente que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta la doctrina de la Sala en esta materia apuntando que resulta más beneficioso para la menor el poder relacionarse de forma más intensa con ambos progenitores, no teniendo el mentado régimen carácter de medida excepcional cuando ambos progenitores reúnen capacidades adecuadas y suficientes para el correcto ejercicio de sus responsabilidades parentales, tal y como ocurren en el presente caso.

6.- La sala dictó auto el 22 de marzo de 2017 por el que acordó admitir el recurso de casación, y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso.

7. - El Ministerio Fiscal apoya el recurso de casación por entender, con cita de sentencias de la sala, que el interés del menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado.

8. - El 15 de junio de 2017, señalada ya la fecha de deliberación, se presentó escrito por la representación procesal de la parte recurrida doña Rocío, vía telemática, suplicando lo siguiente: «... que tenga por presentado este escrito y el documento adjunto, sirva admitirlo y lo considere el Tribunal información de interés para el referido expediente, ya que lo hechos expuestos son de máximo interés para la integridad física y emocional de la menor Otilia de 2 años de edad»

El documento adjunto es un Auto del Juzgado nº 2 de Majadahonda, de fecha 9 de junio de 2017, por el que, con fundamento en el art. 158 CC, se acuerda que las visitas del padre con la hija se desarrollen tuteladas a través de un Punto de Encuentro Familiar más cercano al domicilio de la menor, suspendiéndose cautelarmente las pernoctas, y ello durante un período de seis meses, en que los equipos técnicos del Punto de Encuentro deberán remitir informes mensuales sobre el desarrollo de las visitas, valorándose al término del período si procede continuar las visitas a través de dicho Punto de Encuentro o retornar al régimen de visitas ordinario.

9.- De dicho escrito se dio traslado a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal.

La parte recurrente alegó, tras el anterior traslado, que la resolución no es firme y no puede ser tenida en cuenta a los efectos del recurso de casación, y si así no se apreciase, solicita, subsidiariamente, que se suspenda la deliberación y se esté a la espera de su firmeza o de presentación de los informes técnicos del Punto de Encuentro Familiar.

El Ministerio Fiscal, sin embargo, alegó que, ante los nuevos hechos, procede la desestimación del recurso de casación.

SEGUNDO.- Decisión de la Sala

1.- «Se ha de partir de que el régimen de guarda y custodia compartida debe ser el normal y deseable (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013), señalando la Sala (SSTS de 29 de abril de 2013, 25 abril 2014, 22 de octubre de 2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de «seguir» ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013; 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015,

entre otras:

a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.

b) Se evita el sentimiento de pérdida.

e) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.

d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia»

Por tanto (STS de 17 de marzo de 2016, Rc. 2129/2014), no tiene sentido cuestionar la bondad objetiva del sistema, tras la constante y uniforme doctrina de la Sala, con el cambio sustancial que supuso la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 185/2012, de 17 de octubre).»

Esta doctrina, recogida en la sentencia de 30 de mayo de 2016, es la que refleja la sentencia recurrida y, por tanto, no puede calificarse que contradiga la de la sala.

2.- Tomando como punto de partida la anterior consideración, se habrá de dilucidar en cada caso concreto si prima en la decisión que se adopta el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel" (SSTS 19 de julio 2013, 2 de julio 2014, 9 de septiembre 2015).

3.- Los razonamientos de la sentencia recurrida, a partir de los hechos que declara probados, y que la sala ha de respetar, expone porque no considera, por ahora, que se encuentre satisfecho el interés del menor a partir de que la hija cumpla dos años si se acuerda la guarda y custodia compartida.

Motiva que no existe base probatoria para concluir en este momento sobre tal extremo, y añade que las sentencias deben dictarse en base a las circunstancias concurrentes y no a las futuras.

Por tanto, parece prematuro decidir para cuando la hija tenga esa edad, cuyas circunstancias familiares y de todo tipo se desconocen, y será más prudente esperar y modificar el régimen de guarda y custodia en su momento, con mayor conocimiento de causa y, por tanto, con mejor valoración del interés del menor, con un adecuado informe psicosocial y un plan contradictorio.

4. La sentencia de 30 de diciembre de 2015 afirma que «La doctrina de la Sala en casos en que se discute la guarda y custodia compartida es reiterada en el sentido que en estos recursos solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo). 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» (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.»

5.- Si se aplica esta doctrina al supuesto enjuiciado se aprecia que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta el interés de la menor, motivando suficientemente su decisión a partir del respeto hacia el citado principio.

Por tanto, el recurso no puede estimarse.

La incidencia que, con apoyo documental, alega la parte recurrida respecto al régimen de visitas de la menor con su padre, no modifica los anteriores argumentos sino que viene a avalarlos.

La sentencia, cuya revisión se pretende con el recurso de casación, se confirma y queda inalterada.

Las vicisitudes del régimen de visitas han de seguir su curso ante el Juzgado de Primera Instancia y ser valoradas, en su caso, si se plantease por alguna de las partes la modificación de la medida sobre régimen de guarda y custodia de la menor.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC se impone las costas del recurso a la parte recurrente

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

FALLO

1.- Desestimar el recurso interpuesto por don Lucio, representado por la procuradora doña Elsa Blanco González contra la sentencia dictada por la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid el día 12 de julio de 2016, en el recurso de apelación 1461/2015, dimanante de los autos de medidas paterno-filiales nº 22/15 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Majadahonda. 2.- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. 3.- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz M.ª Ángeles Parra Lucán