

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNITAT VALENCIANA
SALA DE LO CIVIL Y PENAL
VALENCIA**

NIG 46250-31-2-2015-0000063

Rollo Civil nº 29/2015

SENTENCIA Nº 28/2015

Excma. Sra. Presidenta

D^a Pilar de la Oliva Marrades

Iltmos. Sres. Magistrados

D. Juan Climent Barberá.

D. José Francisco Ceres Montés.

D^a M^a Pía Calderón Cuadrado.

D. José Antonio Lahoz Rodrigo.

En Valencia a veinticuatro de noviembre de dos mil quince.

Visto por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, integrada por los Magistrados del margen, el recurso de casación civil contra la sentencia de la Sección Décima de la Ilma Audiencia Provincial de Valencia, nº 329/2015, de fecha 1 de junio de 2015, resolutoria del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Paterna, de fecha 10 de diciembre de 2014, en los autos de medidas de guarda y custodia de menor nº 646/2014, cuyo recurso de casación fue interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Sapiña Baviera en nombre y representación de D. YYY, defendido por la Letrado D^a. Carmen Baviera Aledo; habiendo sido parte recurrida, D^a XXX, representada por la Procurador de los Tribunales D^a. María Teresa Sánchez Moya y defendida por el Letrado D. José Marcelo Cubas Peñarubia, y el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Iltmo. Sr. D. José Antonio Lahoz Rodrigo, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de diciembre 2014 se dictó sentencia por el Juzgado Primera Instancia N° 6 de Paterna en el procedimiento sobre medidas de guarda y custodia de menor n° 646/14 que se inició a instancia de D^a XXX, representada por la Procurador doña María Teresa Sánchez Moya, frente a don YYY, representado por el Procurador de los Tribunales don José Sapiña Baviera, siendo parte el Ministerio Fiscal. En su parte dispositiva se acordó: Fallo: “Estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña XXX representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Teresa Sánchez Moya, contra don YYY, representado por el Procurador de los Tribunales don José Sapina Baviera; debo acordar y acuerdo las medidas siguientes:

Se atribuye de forma conjunta a doña XXX y a don YYY, la patria potestad sobre la menor ZZZ y se establece un régimen de custodia compartida a favor de ambos por semanas alternas.

A falta de acuerdo, una vez firme la presente resolución, la primera semana corresponderá a la madre y a partir de ahí seguirá alternando.

El día de intercambio será el domingo a las 20 horas.

Se establece una tarde intersemanal con pernocta, que a falta de acuerdo entre los progenitores se fija el jueves, en que deberá ser recogida la menor a la salida del colegio y de vuelta a la mañana siguiente al centro escolar.

Salvo que los progenitores lleguen a otro acuerdo, no habrá régimen de visitas para el progenitor que no tenga consigo a la menor esa semana, no se establece tampoco ningún reparto de vacaciones escolares, salvo en el caso de las vacaciones de verano, que se disfrutarán del siguiente modo:

1.- Del 1 de julio a las 10 horas al 15 julio hasta las 22 horas

2.- Del 15 julio a las 22 horas al 31 julio a las 22 horas

3.- Del 31 julio a las 22 horas, al 16 agosto a las 22 horas

4.- Del 16 agosto a las 22 horas al 31 agosto a las 22 horas.

Los períodos 1 y 4 corresponderán a la madre los años pares y al padre los periodos 2 y 4, y los años impares al contrario.

Los alimentos y gastos de la menor tanto ordinarios como extraordinarios serán satisfechos por mitad por ambos progenitores, sin que proceda establecer pensión de alimentos alguna.

No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.”

Por auto de 7 de enero de 2015 se aclaró la sentencia en los siguientes términos: Dispongo: “Rectificar la sentencia dictada en fecha 10 de diciembre de 2014 en el proceso de guarda y custodia seguido con el número de autos 646/14 en el sentido siguiente:

El fallo de la sentencia queda redactado del siguiente modo: Fallo (...) Los periodos 1 y 3 corresponderán a la madre los años pares y al padre los periodos 2 y 4, y los años impares al contrario (...).”

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de doña XXX, que se tuvo por interpuesto por providencia de 19 de febrero de 2015, acordando dar traslado a las partes personadas para que en el plazo de 10 días pudieran formular oposición. Por la representación procesal de la parte demandada se presentó escrito de oposición al recurso interpuesto. Por diligencia de ordenación de 6 de marzo de 2015 se tuvo por presentado el escrito de oposición y se acordó remitir los autos a la Audiencia Provincial de Valencia, con emplazamiento de las partes.

Por diligencia de ordenación de 23 de marzo de 2015 se tuvo por recibido el procedimiento por la Sección Décima, se acordó formar el rollo de Sala, turnar la ponencia y por personadas a las partes.

Por providencia de 25 de marzo de 2015 se señaló la deliberación y fallo del recurso.

En fecha de 1 de junio de 2015 se dictó sentencia cuyo Fallo es: “Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de XXX contra la sentencia de fecha 10 diciembre 2014, dictada por el Juez de Primera Instancia del Juzgado nº 4 de Paterna, en la autos de juicio sobre guarda y custodia, seguidos con número de autos 1213/14, la que revocamos, otorgando la custodia a la madre, y estableciendo una pensión de alimentos de 400 €, y visitas al progenitor no custodio los fines de semana alternos más los miércoles por la tarde desde la salida del colegio hasta las 20 horas, se mantiene la sentencia de instancia en cuanto al pronunciamiento de reparto de periodos vacacionales. No se hace expresa imposición de costas en esta alzada”

TERCERO.- Por la representación procesal de don YYY se interpuso recurso de casación por interés casacional contra la sentencia nº 329/2015 pronunciada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en el rollo de apelación 369/2015.

CUARTO.- Por diligencia de ordenación de 3 de julio de 2015 se tuvo por interpuesto el recurso extraordinario, acordando su remisión a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, con emplazamiento de las partes en término de 30 días.

Recibidos los autos originales en esta Sala, por diligencia de ordenación de 16 de julio de 2015 se tuvo por recibido el procedimiento, se acordó formar el rollo de Sala, registrado con el nº 29/2015, se turnó la ponencia al Ilmo. Magistrado, D. José Antonio Lahoz Rodrigo, se tuvo por personados a la parte recurrente, recurrida y al Ministerio Fiscal y, por último, pasaron las actuaciones al Magistrado Ponente para resolver sobre su admisión.

QUINTO.- Por providencia de Sala de 29 de julio de 2015, de conformidad con el artículo 483-2-3, párrafo segundo de la LEC, se puso de manifiesto a las partes las posibles causas de inadmisión del segundo motivo de casación a fin de que en el plazo de 10 días alegaran lo que estimasen procedente.

Por el Ministerio Fiscal se evacuó el trámite por escrito de 1 de septiembre de 2015 e interesó la inadmisión de ambos motivos de casación por las razones que expone.

Por la representación procesal de la parte recurrente no se ha presentado alegaciones, y por la representación procesal de la recurrida, doña XXX, se interesó su inadmisión.

Por providencia de la Sala de 25 de septiembre de 2015 se señaló la deliberación para el día 30 de septiembre.

SEXTO.- Por auto de 30 de septiembre de 2015 se declaró la competencia de la Sala, se admitió a trámite el primer motivo de casación y se inadmitió el segundo, acordando continuar el trámite del artículo 485 LEC.

Por diligencia de ordenación de 2 de octubre de 2015 se dio traslado a la recurrida para que en plazo de 20 días pudiera formalizar la oposición.

El Ministerio Fiscal en su escrito de 22 de octubre de 2015 interesó la estimación del recurso, que se case la sentencia y se confirme la de primera instancia.

La representación procesal de la recurrida, D^a. XXX, interesó la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida.

SEPTIMO.- Por providencia de Sala de 10 de noviembre de 2015 se acordó señalar la deliberación para el día 19 de noviembre de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La competencia de esta Sala respecto del conocimiento del recurso de casación, viene establecida en lo dispuesto en el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, competencia para el conocimiento de los recursos extraordinarios de casación que la ley establezca “*contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución*”. Asimismo el artículo 478.1, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone, en coincidencia con el precepto anteriormente citado, que “*corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución*”. Por último, el artículo 33.1 y 2 y del artículo 37.2 del vigente Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana prevé expresamente tal atribución competencial al hacer referencia, como competencia específica de esta Sala, al conocimiento de los recursos de casación “*en materia de Derecho civil foral valenciano*”.

SEGUNDO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la Sala dictó auto de 30 de septiembre de 2015, por el que admitió a trámite el primer motivo del recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al venir referido a la infracción del artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, suscitando el interés casacional por oposición a la doctrina del TSJCV en su sentencia de 6 de septiembre de 2013.

El recurso de casación denuncia la infracción del artículo 5 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, al considerar que la sentencia recurrida vulnera el principio “favor filii” como criterio rector para la atribución de la guarda y custodia al fundamentar su decisión de revocar el régimen de custodia compartida reconocido en la sentencia de instancia y sustituirlo por el de custodia monoparental en una circunstancia que no es excepcional y por ello contradice la doctrina jurisprudencial de este Tribunal recogida en la sentencia 9/2013 de 6 de septiembre y aplicada en la de 9 de noviembre de 2015, rollo de casación 18/2015.

El recurso no impugna el hecho probado de los diferentes horarios de trabajo de los progenitores y que suponga una mayor disponibilidad de tiempo de la progenitora al terminar su jornada laboral al mediodía mientras que el progenitor termina a las 7 de la tarde, sino que ello constituya una circunstancia excepcional para excluir el régimen de custodia compartida.

El recurso afecta a la aplicación del “principio favor filii” como determinante para el reconocimiento del régimen de custodia monoparental que es excepcional y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial del TS la admisibilidad de la casación por interés casacional se justifica en la necesidad de revisar si la valoración jurídica de la sentencia recurrida contradice la doctrina de esta Sala en su sentencia de 6 de septiembre de 2013 que expone: “Para el establecimiento o en su caso el mantenimiento del régimen de custodia individual se requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal.” Aunque no resulta aplicable al caso si conviene señalar el paralelismo existente con la doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del TS al admitir el recurso de casación por interés casacional cuando se trata de revisar la adecuación de la resolución al principio “favor filii” sin modificación de hechos declarados probados, entre otras las sentencias de 22 de julio

y 3 de octubre de 2011, nº 579 y 659, de 29 de abril de 2013, nº 257 y de 15 de julio de 2015, nº 391.

La revisión de las conclusiones en las que el tribunal sienta la concesión del régimen de custodia monoparental no constituye “per se” una falta de respeto a la valoración de la prueba ni a los hechos declarados probados, pues hay que valorar un conjunto de criterios en términos semejantes a los que señalan las sentencias citadas, entre otros: “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”.

TERCERO.- La sentencia recurrida revoca el régimen de custodia compartida reconocido en la sentencia de primera instancia al considerar, en primer lugar, que aunque ambos progenitores necesitarán de ayuda de familiares o terceras personas para llevar a la menor al centro escolar por la mañana y recogerla al mediodía para comer en su casa, (franja horaria de 1,30 a 3), no concurre esa circunstancia en el horario de tarde, pues la progenitora ya puede encargarse personalmente, no ocurre lo mismo con el progenitor que requerirá la ayuda de familiares o terceras personas al concluir su jornada laboral a las 7 de la tarde, siendo la única circunstancia excepcional que se señala para excluir el régimen de custodia compartida. El recurrente expone que esa circunstancia no reviste la excepcionalidad que la norma exige; es más, es la lógica consecuencia de las diferentes relaciones laborales y horarios de los progenitores, siendo frecuente la necesidad de requerir la ayuda de familiares para llevar y recoger a los hijos menores al colegio; por último, que la hija menor sale del colegio a las 5 de la tarde y el progenitor termina la jornada a las 7, por lo que la diferencia de disponibilidad de tiempo es de 2 horas.

El recurso denuncia la infracción del artículo 5 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, y constituye el supuesto de recurribilidad la oposición a la doctrina jurisprudencial de este tribunal, sentencia nº 9/2013 de 6 de septiembre, que establece: “Declaramos como doctrina de esta Sala respecto del artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que el establecimiento, o en su caso el mantenimiento, del régimen de custodia individual requiere de la concurrencia de circunstancias excepcionales, en todo caso vinculadas al superior interés del menor, concretado en cada caso en función de los informes expresamente requeridos en la norma legal, sin cuya concurrencia no cabe fijar ni mantener el régimen de custodia monoparental, y de los factores a tener en cuenta para determinar el régimen de custodia procedente, expresamente recogidos en este precepto.” De los apartados 2 y 3 del artículo 5 y de la exposición de motivos, se desprende que el régimen de custodia compartida se convierte en criterio prevalente, resultando excepcional el régimen de custodia individual en los términos del apartado 4, exigiendo en este caso la concurrencia del principio “favor filii” e informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan. Por lo tanto, la regla general es el régimen de custodia compartida y la excepción el monoparental.

Este tribunal parte de los hechos que se declaran probados y examina si son subsumibles en el supuesto de hecho que recoge la norma pues la función casacional radica en verificar la correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos declarados probados, pues en caso contrario puede infringirse la norma por la vía del error de derecho al subsumir en estos hechos que no revistan la excepcionalidad suficiente para justificar el régimen de custodia monoparental. La concurrencia de circunstancias excepcionales que contempla la norma debe entenderse, no solo, en su acepción gramatical, entendida como “lo que constituye excepción a la regla común”, sino también desde un criterio sociológico en el que se tienda a la realidad

social del tiempo en que se aplique, artículo 3 del CC., de conformidad con la jurisprudencia del TS en materia de custodia compartida y principio “favor filii”, entre otras las nº 391/2015 de 15 de julio y la nº 257/2013 de 29 de abril y sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre. De acuerdo con la exposición de motivos de la Ley 5/2011 de 1 de abril, el régimen de custodia compartida es el que mejor conjuga el derecho de los hijos y de las hijas a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos progenitores y el derecho-deber de estos de proveer a la crianza y educación de los hijos e hijas menores en el ejercicio de la responsabilidad-familiar, cuyo ejercicio en la nueva situación exige de ellos un mayor grado de diligencia, de compromiso y de cooperación.

La sentencia recurrida fundamenta el régimen de custodia monoparental al concurrir una circunstancia que califica como excepcional: a) Mejor disponibilidad horaria de la progenitora para dedicarse a la atención de la menor en la franja horaria de tarde en periodo escolar, al terminar su jornada laboral a las 3 horas de la tarde mientras que el progenitor termina a las 7, siendo las 5 la hora de salida del Colegio, lo que propicia que la menor este más tiempo con su progenitora.

La circunstancia expuesta no reviste, en el presente caso, la nota de excepcionalidad exigida en la norma, no solo porque la diferencia de horarios de trabajo supone una franja de 2 horas entre la salida del menor del colegio y la terminación de la jornada laboral del progenitor, sino porque la sentencia recurrida admite que ambos progenitores requerirán la ayuda de familiares o de terceras personas para llevar a la menor por la mañana, recogerla al mediodía para comer en casa y llevarla de nuevo al colegio, por lo que extender esa necesidad en semanas alternas para recogerla del colegio a las 5 y estar a cargo de familiares o terceros hasta las 7 no supone una circunstancia a tener en cuenta como excluyente de la custodia compartida en el presente caso, máxime cuando la incidencia del trabajo de los progenitores en el régimen de custodia compartida se debe excluir cuando concurren circunstancias objetivas que impidan cumplir los fines que se persiguen con dicho régimen.

La sentencia recurrida infringe el artículo 5.2 de la Ley 5/2011 de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, al excluir el régimen general de custodia compartida por una circunstancia que no reviste la excepcionalidad legalmente exigida, entendida con criterios de objetividad que debe presidir la valoración de la prueba.

Consecuencia de ello es la estimación del recurso y que se case la sentencia dictada por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia en fecha 1 de junio de 2015 y que se dicte otra en los términos acordados en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Paterna de fecha 10 de diciembre de 2014.

QUINTO.- Al estimarse el recurso de casación no procede especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas, artículo 398-2 LEC.

En atención a lo expuesto,

FALLAMOS

1º.- Estimamos el recurso de casación civil interpuesto por D. YYY contra la sentencia de la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia nº 329/15, de fecha 1 de junio de 2015, resolutoria de recurso de apelación formulado contra la sentencia de 10 de diciembre de 2014 recaída en los autos 646/2014 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Paterna.

2º.- Casamos dicha sentencia de la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia nº 329/15, de fecha 1 de junio de 2015, y, en su lugar se dicta otra que confirma en su integridad la de primera instancia de fecha 10 de diciembre de 2014.

3º.- No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la instrucción de que la misma es firme y que contra ella no cabe recurso alguno. Líbrese la correspondiente certificación de la presente sentencia y remítase a la Sección Décima de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Valencia con devolución de los autos y del rollo de apelación que en su día fueren remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.