

Roj: STS 1734/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1734
Id Cendoj: 28079110012015100229

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 309/2014

Nº de Resolución: 251/2015

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Mayo de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, como consecuencia de autos de juicio sobre modificación de medidas nº 143/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº uno de Lorca, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Erasmo , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Leal Labrador; siendo parte recurrida doña Encarnacion , representada por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Madrid Sanz. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Salvador Díaz González de Heredia, en nombre y representación de don Erasmo , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña Encarnacion y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde modificar el régimen de visitas y estancias a favor de la madre, siendo más beneficioso para la menor el siguiente:

-El régimen de visitas en favor de la madre será: los sábados y domingos desde las 18,30 horas hasta las 19,30 horas, en un parque público y a presencia del padre y un familiar de éste. En caso de que algún sábado o domingo el padre no pudiese cumplir este encuentro por motivos laborales, el encuentro se efectuará a presencia del familiar del padre.

-Suprimir el régimen de estancias vacacionales con la madre.

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.- El procurador don Francisco Carrasco Gimeno, en nombre y representación de doña Encarnacion , contestó a la demanda y formuló reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

1) Se atribuya la guardia y **custodia** de la menor al progenitor materno doña Encarnacion , sin perjuicio del régimen de visitas y estancias del padre.

2) El uso de la vivienda familiar quedará en uso del padre, trasladándose la madre y la menor al domicilio de los abuelos maternos.

3) Se establecerá como régimen de visitas a favor del padre el siguiente:

Fines de semana alternos, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 17:00 horas del domingo.

Las vacaciones escolares se distribuirán tanto de Navidad; Semana Santa; como de verano, en dos periodos correspondiendo cada uno de los padres el disfrute de la menor, alternando cada año las fechas de disfrute

4) Se establecerá como pensión compensatoria a favor de la madre, la cantidad de 400 # mensuales, en atención al nivel de ingresos del padre. Igualmente el padre sufragará la mitad de los gastos extraordinarios de la menor.

El procurador don Salvador Díaz González, en nombre y representación de don Erasmo , contestó a la reconvencción y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda reconvenccional, con expresa condena a doña Encarnacion al pago de las costas de este 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 de Lorca dictó sentencia con fecha 16 de enero de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. don González de Heredia en nombre y representación de don Erasmo contra doña Encarnacion , y así mismo debo desestimar y desestimo la demanda reconvenccional presentada por el Procurador Sr Carrasco Gimeno, en nombre y representación de doña Encarnacion , contra don Erasmo , debiendo mantenerse el régimen de visitas acordado por sentencia firme, en la forma establecida en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución habida cuenta de las Diligencias Previas seguidas en el Juzgado de Instrucción dos de los de Lorca, respecto del abuelo materno de la menor. Se declaran las costas de oficio.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, la representación procesal de doña Encarnacion . La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, dictó sentencia con fecha 20 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO:

I. - *Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña Encarnacion , ante esta Audiencia representada por el Procurador Sr. Sáez Navarro, contra la sentencia dictada en el juicio de modificación de medidas en procedimiento de familia seguido con el número 143/12 ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Lorca, y desestimando en parte la Oposición al recurso sostenida por el Ministerio Fiscal y por D. Erasmo , ante esta Audiencia representado por la Procuradora Sra. Guasp Llamas, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS dicha sentencia, sin imposición de costas causadas en esta alzada y con devolución del depósito constituido para recurrir, en los siguientes términos:*

1°. Se atribuye a la madre la guarda y **custodia** de la hija menor de edad, Serafina .

2°. *El padre, D. Erasmo , deberá abonar mensualmente a la madre en concepto de alimentos ordinarios de la menor la cantidad de trescientos veinticinco euros (325 #), dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que la madre designe Dicha cantidad se actualizara todos los primeros de año, a partir de 2015, conforme a las variaciones del IPC o índice estadístico que lo sustituya.*

3°. *Los gastos extraordinarios de la menor se satisfarán por mitad entre los progenitores, considerándose como tales los previstos en la Estipulación Cuarta del convenio judicialmente aprobado en la precedente sentencia de 15 de noviembre de 2011 .*

4°. *A favor del padre se establece un régimen de estancias y comunicaciones ordinario, el previsto entre las partes a favor de la madre en la Estipulación Tercera del convenio aprobado judicialmente, con las siguientes modificaciones: - Las entregas y recogidas serán en el domicilio de la madre. -La hora de entrega de la menor será las 20 horas. -Los periodos de vacaciones estivales serán de quince días alternos. -También tendrá el padre a la niña consigo los martes y jueves por la tarde, desde la salida del colegio a las 19 horas.*

II. *Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación suscitado por vía de impugnación por D. Erasmo contra la referida sentencia en su pronunciamiento relativo a la no imposición de costas a la parte demandada, imponiendo al recurrente las costas ocasionadas en esta segunda instancia con su recurso.*

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso casación** a representación de don Erasmo con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la aplicación incorrecta del principio de protección de interés del menor, infracción del artículo 92 apartados 4 , 6 , 8 y 9 , artículo 103.1 . y 91 in fine del Código Civil , artículos 2 y 11.2. de la Ley Orgánica 1/1196, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y artículo 39 de la CE .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 14 de octubre de 2014 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a las partes para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.-Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María del Carmen Madrid Sanz, en nombre y representación de doña Encarnacion , presento escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se case la sentencia recurrida dictada por la Sección cuarta de la AP de Murcia con fecha 20-12-2013 .

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública,se señaló para votación y fallo el día 14 de abril de 2015, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Erasmo planteó demanda de modificación de las medidas adoptadas en un precedente procedimiento de familia donde se aprobó el convenio aportado por las partes, con la finalidad de que se restringiera a una hora semanal las estancias entre la madre y la hija menor, cuya **custodia** tiene él atribuida, a presencia del padre o un familiar, y ello por el comportamiento inadecuado de la madre (intento de suicidio, trastorno bipolar, inteligencia límite, acoso y amenazas al padre, así como incumplimiento del régimen de visitas). Posteriormente solicita que sean dos horas, pero a presencia de un familiar designado por el padre.

La demandada contesta oponiéndose a la demanda, negando los hechos que se le imputan, y reconviene alegando nulidad del convenio firmado (lo fue cuando aún convivían los progenitores), que se le atribuya a ella la guarda y **custodia** de la menor, pensión compensatoria a cargo del padre de 400 Eur. al mes y que se fije un régimen de estancias y comunicaciones entre la hija y el padre.

En lo que aquí interesa, la sentencia del Juzgado desestimó la demanda del padre, al no acreditar los hechos en los que se basa, y rechazó la reconversión por no poder pretenderse en la misma la nulidad del convenio y porque no era necesario plantear reconversión para el cambio de **custodia**, lo que debía haberse hecho en la contestación a la demanda.

La sentencia de la Audiencia Provincial revocó la del Juzgado y atribuyó a la madre la guarda y **custodia** de la hija menor de edad, Serafina , nacida el día NUM000 de 2006.

SEGUNDO.- D. Erasmo formula recurso de casación contra la sentencia. Si invoca el interés del menor, con infracción del artículos 92, apartados 4 , 6 , 8 y 9 y 103.1 del Código Civil , artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor , y artículo 39 de la CE , y de la jurisprudencia que considera este interés como principio informador de toda la normativa legal que regula las medidas relativas a los hijos, erigiéndolo en criterio fundamental para su adopción.

Se desestima.

Son hechos probados de la sentencia, los siguientes:

a) Tras cinco años de convivencia de hecho, a finales de 2011 las partes sufren una crisis de pareja que da lugar a un procedimiento de medidas sobre la hija menor, en el que se firma y aprueba judicialmente (sentencia de 15 de noviembre de 2011) un convenio por el que se atribuye al padre la guarda y **custodia** de la hija menor, de cinco años de edad, aunque después hay una reanudación de convivencia, que finaliza definitivamente a finales de enero de 2012. Los conflictos más que entre la pareja, lo son de la madre y abuela del varón con la mujer, derivados de la convivencia de todas ellas en la casa de la familia del varón.

b) Tras la separación definitiva, hay un primer fin de semana en el que se cumple el régimen de visitas fijado en el convenio, pero cuando se ha de cumplir el segundo, la abuela paterna se niega a entregarle la menor a la madre, lo que origina una denuncia penal de la madre al padre y el inicio de una escalada de enfrentamientos y denuncias mutuas que determinan numerosos procedimientos, unos civiles (las presentes actuaciones) y otros penales (juicios de faltas en los que se condena al padre por incumplimiento del régimen de visitas, y diligencias previas contra la madre y el abuelo materno, por amenazas, coacciones, impagos de pensiones y malos tratos a la menor, sin que en ninguno de ellos haya recaído aún sentencia condenatoria, aunque sí se ha archivado definitivamente el relativo a los malos tratos sobre la menor).

c) El grave enfrentamiento entre las partes se deriva de la actitud de la abuela paterna, que se opone radicalmente a que la niña vaya con su madre. Esa traumática situación provoca un comportamiento irregular de la madre y una denuncia por ella, y como reacción por parte del padre y su familia una serie de actuaciones encaminadas a privar a la madre de todo contacto con la menor. Así, inicialmente se consigue ante la reacción airada de la madre, que se le restrinja las visitas con la menor (auto de 3 de abril de 2012 en Diligencias Previas 440/12 de Lorca 1). Cuando pocos días después, tras la comparecencia de medidas previas, se dicta

auto en las mismas restableciendo progresivamente el régimen previsto en la sentencia de 2011, tras el primer periodo vacacional de estancia de la menor con su madre, se realiza una denuncia por malos tratos del abuelo materno a la menor (Previas 1059/12 de Lorca 2), que da origen a una nueva restricción en las comunicaciones entre la madre y la niña, que no se restablecen hasta la sentencia ahora recurrida, que concluye que nada se ha demostrado sobre las razones esgrimidas por el actor para pedir la restricción de las visitas entre la madre y su hija. En esta segunda instancia se ha acreditado el archivo definitivo de las actuaciones penales abiertas por los denunciados malos tratos del abuelo a la nieta (auto de la Sección Tercera de esta Audiencia de 27 de noviembre de 2013).

d) El informe pericial emitido en la segunda instancia evidencia que esa situación conflictiva deriva de la actitud de la familia extensa paterna que se opone a las relaciones entre madre e hija, tratando de impedir las, sin que el padre haga nada para evitarlo.

De estos datos extrae la conclusión de que la actitud pasiva del padre "es un dato de especial trascendencia para determinar cuál de los dos progenitores ha de ser el custodio de la menor, pues se ha de partir de la idoneidad de ambos para ejercitar esa función, siendo los dos conscientes de que la menor ha de relacionarse ampliamente con el otro progenitor, por ser lo mejor para su formación y desarrollo, de ahí que, incluso, la perito señale que sería viable una **custodia** compartida, aunque ello lo impide esa falta de independencia del padre para evitar los obstáculos que ponen sus familiares", añadiendo que " En el acto de la vista la perito concluyó que, ante la actual situación, mientras no varíe la misma (deberían someterse todos los implicados a una actuación con profesionales para afrontar la forma en que deben comportarse ante esta situación, en interés de la menor), lo mejor para la menor es que la **custodia** la ejerza la madre, pues su familia extensa no tiene una actitud contraria al contacto de la misma con la otra familia. Además, se ha de tener en cuenta que el padre tiene un amplio horario laboral (de 7 a 19 horas), por lo que delega el cuidado y atención de la menor en su madre y abuela, mientras que la madre, que no tiene trabajo fijo, dispone de mayor disponibilidad para hacerse cargo de la menor, teniendo también ayuda familiar para cuando encuentra ocupación laboral". Finaliza afirmando que "Siendo cierto que la menor tiene un muy buen comportamiento, un alto rendimiento escolar y se muestra feliz, lo que advirtió la perito es que la permanencia de la actual situación (obstaculización de las relaciones con la madre y enfrentamiento permanente) acabará por causarle un grave perjuicio en su desarrollo y que debe adoptarse la medida propuesta en beneficio de la misma, lo que no afectará a su centro de estudios, que la madre anuncia que seguirá siendo el mismo"

Esta Sala ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y **custodia** solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. 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).

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. El Juez ha valorado la prueba que consta en los autos, incluida la pericial, y ha considerado que lo más adecuado para la hija era dejarla bajo el cuidado de la madre, no siendo el recurso de casación una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio y al amparo de diversas sentencias de esta Sala cada una bajo supuestos de hecho y razonamientos jurídicos distintos.

TERCERO.- Se desestima el recurso y se imponen las costas a la recurrente, según los artículos 394 y 398 de la LEC .

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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de don Erasmo, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4ª, de 20 de diciembre de 2013; con expresa imposición de las costas a la recurrente.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo 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. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz. 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ