



Roj: **STS 1478/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1478**

Id Cendoj: **28079110012018100228**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/04/2018**

Nº de Recurso: **2556/2017**

Nº de Resolución: **242/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 242/2018

Fecha de sentencia: 24/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2556/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE LUGO SECCIÓN PRIMERA

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 2556/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 242/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 24 de abril de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por don Norberto , representado por la procuradora doña Reyes Abella García, bajo la dirección Letrada de don José Luis Fiuza Diego, contra la sentencia dictada con fecha 26 de abril de 2017 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo en los autos sobre modificación de medidas n.º 737/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Sarria. Ha sido parte recurrida doña Silvia , representado por la procuradora doña Begoña del Arco Herrero, bajo la dirección letrada de doña Berta López Ferrero. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Victoria Eugenia López Díaz, en nombre y representación de doña Silvia , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra don Norberto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente.

«se declare la procedencia justificada de una MODIFICACIÓN de las medida relativas a la guarda y **custodia** del menor siendo más beneficioso para éste establecer un NUEVO RÉGIMEN DE GUARDA Y **CUSTODIA A FAVOR DE DÑA. Silvia Y MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS** conforme se solicita en el cuerpo de la presente demanda; se declare la procedencia de una pensión de 500 € mensuales en concepto de AUMENTOS, por parte de D. Norberto y se condene a su obligado cumplimiento; así como se declare la NULIDAD DEL CONVENIO REGULADOR FIRMADO POR LAS PARTES ante el Notario de Lugo, D. Manuel Ignacio Castro Gil, se proceda a la moderación de las obligaciones de las partes en su relación familiar; se declare la independencia personal de mi mandante, se apruebe el convenio regulador propuesto por esta parte y se condene a D. Norberto a su obligado cumplimiento y; con expresa condena en costas a la parte demandada.»

2.º- 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.

3.º- La procuradora doña Reyes Abella García, en nombre y representación de don Norberto , 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:

«se desestime la demanda con imposición de las costas procesales a la parte demandante, y con carácter subsidiario y para el caso de que la juzgadora "a quo" considere inviable el régimen de **custodia compartida** establecido, se interesa se atribuya al padre la guarda y **custodia** del menor, con el régimen de visitas a favor de la madre, y la pensión de alimentos a cargo de la misma y a favor del hijo menor, que por el juzgado se considere mas adecuada conforme al resultado de la prueba practicada».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Sarria, dictó sentencia con fecha 30 de noviembre de 2016 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO la demanda interpuesta por doña Silvia contra don Norberto , en la cual se pretendía la modificación de las medidas establecidas en el convenio regulador aprobado por sentencia dictada por el juzgado de Sarria el 27 de febrero de 2.014.

»No se imponen las costas a ninguna de las parte».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Silvia . La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo, dictó sentencia con fecha 26 de abril de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimamos el recurso de apelación.

»Revocamos la resolución recurrida y, en su lugar, estimamos la demanda de modificación de medidas formulada por doña Silvia de forma que se mantiene la patria potestad **compartida** por ambos cónyuges pero el régimen de **custodia compartida** se sustituye por la atribución a la madre de la guarda y **custodia** del hijo menor con el consiguiente establecimiento de un régimen de visitas a favor del progenitor no custodio en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta resolución, quien abonará mensualmente una pensión de alimentos a favor de Norberto por importe de 450 euros, actualizable anualmente conforme al IPC.

»No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de instancia ni de esta alzada.

»Devuélvase al consignante el depósito constituido para recurrir».



Con fecha 31 de mayo de 2017, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva la Sala Acuerda:

«se complementa la sentencia en sentido de añadir en su fallo que ambos progenitores contribuirán por mitad a los gastos extraordinarios que precise el hijo común, Florencio .

»se rectifica la sentencia con indicación de que la letrada que asiste a la parte demandante es doña Amelia Saavedra Castro».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Norberto , con apoyo en el siguiente: Motivo: Único.- Infracción del art. 92 CC , en relación con el art. 3.1. de la Convención de Naciones Unidas, 14 y 39 CE y 2 y 9 de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor .

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 20 de diciembre de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Begoña del Arco Herrero, en nombre y representación de doña Silvia , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se case la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia de Lugo.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de Abril de 2018, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El día 27 de febrero de 2014 se dictó sentencia de divorcio en la que se aprobó el convenio regulador que incluía, entre otras medidas, la guarda y **custodia compartida** del único hijo habido del matrimonio, Florencio , nacido el día NUM000 de 2007. El día 25 de diciembre del mismo año, se formula demanda de modificación de medidas, interesando que se atribuya la guarda y **custodia** del menor a la madre. Se argumenta que el convenio se firmó bajo intimidación; que el padre no cumple con sus obligaciones parentales; que ella ejerce todas las funciones como madre, limitándose el padre a recoger al niño a las 20 horas del domicilio materno ya con los deberes, ducha y cena realizados, y a estar con su hijo hasta la mañana siguiente que lo lleva al colegio; que el padre lleva a su hijo con asiduidad a los bares y toma consumiciones alcohólicas en presencia del niño y que existe un procedimiento penal abierto entre las partes por violencia doméstica, siendo conflictivas las relaciones entre ambos.

La sentencia del juzgado desmonta con absoluto detalle todas las causas que, a juicio de la demandante, justificaban el cambio de la medida, incluida la posible intimidación en la suscripción del convenio regulador, y llega a la conclusión de que no existe razón alguna que, en interés del menor, justifique el cambio interesado, especialmente la que pudiera resultar del informe psicosocial emitido antes de que se hubiera dictado sentencia absolutoria en el proceso penal seguido por denuncia de la esposa y, como consecuencia, elaborado sobre premisas falsas facilitadas por ella al equipo psicosocial.

No entendió así la Audiencia Provincial que revocó la sentencia del juzgado ateniéndose sustancialmente al informe del equipo psicosocial elaborado por IMELGA, según el cual: «confluyen múltiples factores de mal pronóstico para garantizar el éxito de un sistema de **custodia compartida**: elevada conflictividad interparental con no aislamiento del menor a la misma, escasa comunicación y nula colaboración para la gestión de cuestiones de interés para el proceso socializador del menor, percepción negativa de la figura del otro, inconsistencia en las prácticas de crianza y distanciamiento geográfico entre los domicilios. Se detecta además que a la hora de distribuir los tiempos del menor con cada uno de los progenitores, no se han tenido en cuenta de forma adecuada sus necesidades psicoevolutivas y tampoco posibilita la implicación y participación de ambos progenitores en las atenciones diarias ni en el contexto socializador del mismo de una forma equitativa».

SEGUNDO.- Se formula recurso de casación articulado en un único motivo en el que alega la infracción del artículo 92 del Código Civil , además de la normativa propia nacional e internacional sobre la materia y diversas sentencias de esta sala, sobre el interés del menor a la hora de adoptar un régimen de guarda y **custodia**, que impone valorar todos los elementos obrantes en los autos a la hora de decidir cual se ajusta mejor al interés del menor; régimen que se venía desarrollando por acuerdo entre las partes y sin problema alguno, dándose excesiva importancia al informe del IMELGA que basa sus conclusiones prácticamente en las malas relaciones existentes entre ambos progenitores, soslayando que ello fue debido a un proceso penal abierto en el momento en que se confeccionó y que luego se ha visto contradicho con las sentencias absolutorias recaídas en vía penal.



Se estima, conforme también interesa el Ministerio Fiscal.

1. Sin duda, las discrepancias que existen entre la resolución del juzgado y la de la Audiencia Provincial no solo son llamativas, sino que ponen de manifiesto las serias dificultades que una y otra han tenido para poner en práctica la regla respecto a que el bienestar del niño es primordial, en todo el entramado normativo nacional o internacional sobre los derechos del niño, que es de orden público, que está por encima del vínculo parental y que debe presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad.

Lo cierto es que este interés, conforme resulta de la valoración que se ha hecho en ambas instancias de los datos de prueba, demanda que lo mejor, o lo más conveniente para el menor, es que siga bajo la **custodia** de ambos padres en la forma que acordaron en el momento de la ruptura conyugal. Una cosa es que el divorcio haya alejado o dividido a los cónyuges y otra distinta que esta situación se traslade al hijo cuya relación con ambos no puede ser extinguida con evidente perjuicio a sus intereses.

2. Se podrá cuestionar, como se dice en el informe psicosocial, que la distribución de los tiempos del menor con cada uno de los progenitores en cumplimiento de este régimen de **custodia** no es el más acertado, pero ello no lo elimina sin más, y si se confeccionó más en beneficio del padre que del menor, como se argumenta en la sentencia, la modificación ahora pretendida por la madre obedece más a sus intereses que a los del hijo. Fue lo que acordaron unos meses antes en el convenio regulador aprobado de mutuo acuerdo sin tacha alguna en contra, y no consta que su desarrollo haya sido perjudicial para el menor durante este corto espacio de tiempo transcurrido desde que se adoptó hasta que ha sido impugnado.

Se han invocado asimismo las malas relaciones entre ambos padres, pero de estas malas relaciones, que tienen posiblemente su origen en la denuncia penal, no existe constancia alguna y menos aún que, de ser ciertas, hayan repercutido en contra del interés del menor. La **custodia compartida** conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad (sentencias 619/2014, de 30 de octubre ; 242/2016, de 12 de abril ; 529/2017, de 27 de septiembre ; 579/2017, de 25 de octubre). Pero ello no empece a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y **custodia**, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos. Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y **custodia compartida**, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial (sentencias 566/2014 de 16 de octubre ; 433/2016, de 27 de junio , 409/2015, de 17 de julio).

Tiene declarado la sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos (sentencias; 135/2017, de 28 de febrero , 296/2017, de 12 de mayo , entre otras).

3. Tampoco se dice que el padre sea una persona con serios problemas de alcohol, que la sentencia del juzgado descartó, como descartó que la asiduidad con la que acude a los bares acompañado del niño sea distinta de la que la que hacía el matrimonio con el hijo durante la vigencia del matrimonio, circunstancia, además, que no se compadece con el amplio régimen de visitas que la sentencia ha establecido a favor un padre de estas características.

4. Los derechos derivados de la relación paterno filial exige que ambos progenitores se aparten de divergencias puntuales en relación a la crianza y educación del hijo y adquieran un mayor compromiso para hacer efectivo el principio de corresponsabilidad en el ejercicio de sus funciones después del divorcio, compartiendo lo que es propio de este sistema de guarda y **custodia**, llamada **compartida**, que es el sistema normal e incluso deseable, como se ha dicho por esta sala a partir de la sentencia de 29 de abril de 2003 .

TERCERO. - Al asumir la instancia, se desestima el recurso de apelación formulado contra la sentencia del juzgado, que confirmamos, desestimatoria de la demanda; todo ello con expresa imposición a la parte recurrente en apelación de las costas causadas por dicho recurso, y sin hacer especial declaración de las originadas por el recurso de casación, en correcta aplicación de lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

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



1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Norberto contra la sentencia de fecha 26 de abril de 2017, dictada por la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 81/2017 .

2.º- Anular dicha sentencia y desestimar el recurso de apelación interpuesto por doña Silvia contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia e instrucción único de Sarria, que mantenemos en su integridad.

3.º- Condenar a esta parte al pago de las costas causadas en apelación y no hacer expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ