



Roj: **STS 576/2017 - ECLI:ES:TS:2017:576**

Id Cendoj: **28079110012017100103**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/02/2017**

Nº de Recurso: **2358/2016**

Nº de Resolución: **116/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 366/2015,**
STS 576/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 22 de febrero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos sobre modificación de medidas contencioso n.º 81/15, seguidos ante el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 1 de Paterna; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Emilio, representado ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Silvia Urdiales González, asistido por el letrado don Miguel Ruiz Labrac; siendo parte recurrida doña María Consuelo, representada por la procuradora de los Tribunales doña Patricia Martín López, asistida por el letrado don Rafael del Hoyo Sánchez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1- La representación procesal de doña María Consuelo, interpuso demanda de solicitud de modificación de medidas definitivas contra don Emilio, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«..acuerde en su día, previos los trámites legales oportunos modificar las medidas recogidas en el fallo de la sentencia número: 21/2014 de fecha 11 de Febrero de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Paterna en el procedimiento Divorcio Mutuo Acuerdo: 253/2013 relativas a la guarda y custodia y suspensión del régimen de visitas a favor del padre para ser sustituidas por las que a continuación se indican, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada:

»1º.- La guarda y custodia de los hijos menores debe ser atribuida a la madre.

»2º.- suspensión del régimen de visitas o subsidiariamente que las mismas se realicen en el PEF siendo las mismas tuteladas bajo la modalidad con intervención psicológica.

»3º.- Que el padre contribuirá a los alimentos de los hijos comunes entregando por anticipado dentro de los primeros cinco días de cada mes la cantidad de 200.- € por cada hijo, es decir, 400.- € mensuales en total que deberán ser ingresados en la siguiente cuenta corriente: NUM000 de la entidad BANKIA sita en la Avda. Vicente Mortes, nº27 de Paterna (Valencia). Esta cantidad será actualizada todos los años aplicando el IPC elaborado por el INE o índice que lo sustituya a la cifra en cada momento en vigor.

»4º.- Que se declare que el Sr. Emilio abone, en concepto de compensación por la pérdida de uso la cantidad de 225.- € mensuales a mi mandante por la compensación de la pérdida de uso entregando por anticipado



dentro de los primeros cinco días de cada mes la referida cantidad que deberá ser ingresada en la siguiente cuenta corriente: NUM000 de la entidad BANKIA sita en la Avda. Vicente Mortes, nº27 de Paterna (Valencia). Esta cantidad será actualizada todos los años aplicando el IPC elaborado por el INE o índice que lo sustituya a la cifra en cada momento en vigor.»

2.1.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal del demandado, 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:

«...se dicte sentencia por la que, con desestimación íntegra de la demanda, se absuelva a la demandada de las pretensiones ejercitadas de contrario, con expresa condena en costas de la parte actora, y solo subsidiariamente, para el caso de que se estimara revocar la custodia compartida otorgándose ésta solo a la madre, se concedan tres días intersemanales de visitas con pernocta (martes a jueves) y fines de semana alternos, manteniendo el convenio regulador en vigor en el resto de clausulado, con pensión alimenticia en 80 euros dada la capacidad económica depauperada del progenitor paterno.»

2.2.- El Ministerio Fiscal contestó asimismo la demanda.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Paterna, dictó sentencia con fecha 5 de noviembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Se procede a DESESTIMAR la demanda interpuesta por María Consuelo, representada por la Procuradora AMPARO GARGALLO JAQUOTOT y asistida de la letrada PATRICIA ELIAS MENDEZ, contra Emilio, representado por la Procuradora ROCIO CUNAT TORMO y asistida del letrado JAVIER ALVAREZ BARCELÓ y con intervención en los autos del Ministerio Fiscal en la persona de ANTONIO GASTALDI MATEO, no habiendo lugar a la modificación de medidas solicitada por la demandante y acordadas en sentencia de febrero de dos mil catorce manteniendo las mismas en todos sus términos sin imposición de costas.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora, y sustanciada la alzada, la sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 17 de mayo de 2016, cuyo Fallo es como sigue:

«Primero.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la actora contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 1 de Paterna el día 5 de noviembre de 2016.

»Segundo.- Revocar la citada sentencia para declarar que la demandante tendrá la convivencia con sus dos hijas, y que el demandado podrá estar con ellos en los fines de semana alternos, desde la salida del colegio los viernes hasta el domingo a las 20 horas, así como dos tardes entre semana con pernocta, que a falta de acuerdo serán las de los martes y los jueves, desde la salida del colegio a la entrada del mismo, y la mitad de los periodos vacacionales, que podrá elegir el padre en los años pares, y la madre en los impares. El demandado debe abonar la suma de 180 euros al mes para cada uno de los dos hijos, cantidad que se actualizará de acuerdo con las variaciones que experimente el J.P.C.

»Tercero.- No hacer expresa imposición de las costas de la alzada.»

TERCERO.- La procuradora doña Rocío Cuiñat Tormo, en nombre y representación de Don Emilio interpuso recurso de casación que contiene un solo motivo por infracción de los artículos 90, 91 y 92 CC, el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, el artículo 39 CE y el artículo 2 de la Ley 1/96 de Protección del Menor.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 26 de octubre de 2016 por el que se acordó la admisión del recurso, así como dar traslado del mismo a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación doña María Consuelo, representada por la procuradora doña Patricia Martín López, habiendo solicitado la estimación del recurso 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 8 de febrero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña María Consuelo interpuso ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Paterna, con fecha 30 de abril de 2015, demanda de modificación de medidas frente a su anterior esposo don Emilio. Exponía que el 11 de febrero de 2014 se dictó sentencia en el proceso de divorcio en la que se aprobó el convenio regulador estipulado por las partes, según el cual se fijaba un régimen de custodia compartida de los



hijos menores, Juan Ramón -nacido el NUM001 de 2004- y Tarsila -nacida el NUM002 de 2008- y se atribuía por un tiempo el uso de la vivienda familiar a don Emilio. No obstante lo cual, sostenía la demandante que el padre no estaba atendiendo adecuadamente a los hijos mientras están con él, lo que afecta a su desarrollo e incluso ha sido advertido desde el colegio, poniendo de manifiesto que los niños presentan peor estado anímico cuando se encuentran con el padre, el cual prohíbe a los hijos el contacto con la madre a la que no comunica las enfermedades de estos ni la medicación que precisan. Por ello se solicita una modificación de las medidas consistente en la atribución de la guarda y custodia a la madre, una contribución a los alimentos a cargo del padre de 200 € por hijo, la supresión del régimen de visitas o que las mismas se realicen en el PEF de forma tutelada, y el abono a la esposa de 225 € mensuales en concepto de compensación por la pérdida de uso del hogar familiar.

El demandado se opuso a tales pretensiones, mientras que el Ministerio Fiscal se remitió al resultado de las pruebas que se practiquen. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda por considerar que el convenio regulador había sido aprobado hacía poco más de un año y que en este tiempo no se apreciaba modificación sustancial de las circunstancias. Respecto de la situación de depresión del demandado derivada de la pérdida del trabajo, estimó que no es especialmente inhabilitante para el desarrollo de sus funciones como padre y que tampoco consta si ya existía cuando se aprobó el convenio regulador; a lo que añade que el hijo mayor no sólo no quiere cambiar el régimen sino que desea pasar más tiempo con el padre, con quien se encuentra más a gusto.

La demandante apeló y la Audiencia Provincial de Valencia estimó su recurso y revocó la sentencia de primera instancia. Fundamentó dicha decisión en el hecho de que el informe psicosocial consideró a la madre con mayores capacidades para desarrollar el cuidado de los hijos y el trastorno depresivo del padre, si bien no le impide atender a los hijos, sí lleva a la sala a entender que la madre es más idónea para el cuidado de los mismos. Respecto del deseo del hijo mayor de pasar aún más tiempo con el padre, no se tiene en cuenta pues la perito apreció indicios de manipulación por parte del padre. En definitiva la sentencia de apelación atribuye la guarda y custodia en exclusiva a la madre, pero con un régimen de visitas muy amplio a favor del padre.

Don Emilio ha interpuesto recurso de casación que articula en un único motivo, que cita como preceptos infringidos los artículos 90, 91 y 92 CC, el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, el artículo 39 CE y el artículo 2 de la Ley 1/96 de Protección del Menor.

SEGUNDO.- La sentencia impugnada no se aparta de la doctrina establecida por esta sala respecto de la adopción del régimen de custodia compartida. Como pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, el régimen de guarda y custodia compartida es cada día más frecuente y es ya el ordinario y no el excepcional para aplicar la guarda y custodia de menores ante la separación o divorcio de sus padres, y lo que procede es determinar si la interpretación que se hace de ellos es contraria a la doctrina de esta sala.

Los criterios que la sala viene manteniendo al respecto, siempre bajo la prevalencia del respeto del interés superior de los menores, parten de la necesidad de optar por el sistema que en el caso concreto se adapte mejor al menor y a su interés, no al interés de sus progenitores, habiéndose reiterado que la redacción del artículo 92 CC no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, teniéndose en cuenta la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los mismos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes obrantes en autos y finalmente cualquier otro elemento que permita valorar con mayor precisión cuál es el interés de los menores en el caso concreto (SSTS 10 y 11 de marzo de 2010, 7 de julio de 2011, 29 abril de 2013, 25 de abril, 22 y 30 de octubre, y 18 noviembre 2014, 16 de febrero y 17 de julio de 2015, y 30 de mayo de 2016, entre otras).

No se aprecia en el caso la existencia de un cambio relevante en las circunstancias que, en su día, se tuvieron en cuenta para establecer -por acuerdo de los progenitores- el régimen de la guarda y custodia compartida. La enfermedad del recurrente -trastorno depresivo- no supone un dato relevante que comporte una modificación de circunstancias que deba hacer variar el régimen, cuando la propia Audiencia ha establecido un amplio régimen de visitas y estancias de los menores con el padre, lo que pone de manifiesto que no considera que impida llevar a cabo las tareas de guarda y atención de los mismos de forma adecuada.

TERCERO.- Procede por ello la estimación del recurso, casando la sentencia recurrida y confirmando la dictada en primera instancia, sin condena en costas causadas en ambas instancias y por el presente recurso (artículos 394 y 398 LEC) y con devolución del depósito constituido.

FALLO



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

1.º- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Emilio contra la sentencia de fecha 17 de mayo de 2016 dictada por la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10.ª) en el Rollo de Apelación n.º 30/16 dimanante de autos de modificación de medidas n.º 81/15 seguidos ante el Juzgado de Violencia de Género n.º 1 de Paterna. **2.º**- Casar dicha sentencia y confirmar la dictada en primera instancia. **3.º**- No hacer declaración condenatoria sobre las costas causadas en ambas instancias y en el presente recurso, con devolución al recurrente del depósito constituido para su interposición. 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