



Roj: **STS 1480/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1480**

Id Cendoj: **28079110012018100230**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/04/2018**

Nº de Recurso: **4632/2017**

Nº de Resolución: **251/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 251/2018

Fecha de sentencia: 25/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **4632/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/04/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE SEVILLA SECCIÓN N. 2

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

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: **4632/2017**

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. 251/2018

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 25 de abril de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Eva , representada por la procuradora doña María Teresa Guijarro de Abia, bajo la dirección Letrada de doña Magda Leonor Agudelo Sajauth, contra la sentencia dictada con fecha por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, en los autos de juicio 349/2015 sobre guarda y custodia del Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Dos Hermanas. No ha comparecido la parte recurrida don Cecilio . 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 Rosalía Revilla Trujillo, en nombre y representación de doña Eva , interpuso demanda de guarda y custodia contra don Cecilio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente

«1.PATRIA POTESTAD, GUARDIA Y CUSTODIA: Atribuir a la madre, Doña Eva la Patria potestad, la guarda y custodia de los hijos menores, Don Saturnino y Doña. Elisa .

»2. RÉGIMEN DE VISITAS: No se conceda un régimen de visitas a favor del Sr. Cecilio hasta tanto no se determine la idoneidad para el ejercicio responsable de la paternidad del demandado, por cuanto debido a su comportamiento delictivo, abandono y desconocimiento de los menores no son propicios para el desarrollo físico y psíquico integral de los menores, el cual debe ser armónico y equilibrado, por lo que

consideramos que la imposición abrupta de la figura paterna en la vida de los menores, hasta ahora desconocido ocasionaría un daño en la estabilidad emocional de los menores, o si se llegara a conceder un régimen de visitas al demandado este sea restrictivo sin pernocta, que las visitas se efectúen en presencia de la madre de los menores, o sus abuelos maternos, y en sus respectivos domicilios, por cuanto de no ser así se comprometería de manera grave el interés o la conveniencia de los menores, debido a la concurrencia de los siguientes hechos:

» La falta de contacto entre el progenitor no custodio y los hijos, durante tanto tiempo, ha provocado una situación de falta de afecto y desconocimiento entre ambos, lo que puede suponer un grave perjuicio para la estabilidad emocional y psicológica de los menores, por cuanto hoy por hoy su padre es un desconocido para ellos y viceversa, por lo que imponer una régimen de visitas diferente a este iría en contra del interés del menor el cual es el principal factor a tener en cuenta en este tipo de casos, esto ha sido reconocido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de nuestro país, por ejemplo en varias sentencias el TS establece: "El interés del menor debe de prevalecer a los intereses de sus progenitores: «En cualquier caso, debe repetirse, como ya lo ha hecho esta Sala en anteriores sentencias (ver SSTs entre otras, de 10 octubre 2010 y 11 febrero 2011) que lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, De donde todos los requerimientos establecidos en el art. 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad de aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas son antes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se relevantes cuando afecten, perjudicando, el interés del menor» (STS de 22 de julio de 2011, Rec. 813/2009).

»Por razón de la lejanía en la residencia. Una circunstancia que incide, sin duda, en la fijación de las visitas hace referencia a la lejanía en la residencia de ambos progenitores, siendo a este efecto asimilable el caso de que aun viviendo dentro del territorio nacional la distancia entre sus domicilios, que esta a más de 500 km, trae causa de la imposibilidad material de poder desarrollarse las visitas conforme al régimen normalizado por razón de la distancia, lo cual llevaría al menor a un trasiego que, como antes ya hemos tenido ocasión de apuntar no es bueno para éste siendo por el contrario beneficioso teniendo en cuenta la edad de los menores, el llevar a cabo unos determinados hábitos y pautas de conducta, que no alteren las relaciones sociales del menor, las cuales que serían imposible de llevar a cabo por razón de la lejanía entre ambos domicilios.

»La inestabilidad laboral y la precariedad de la vivienda del padre: dada la situación vital en que se encuentre el progenitor no custodio, el cual suele cambiar constantemente de ciudad y de trabajo, que suele vivir en pisos compartidos donde los menores no tendría un espacio seguro y tendría que compartir con extraños, lo que supondría un riesgo para la



estabilidad de los menores.

»La falta de idoneidad del padre: La idoneidad es la suficiencia o aptitud necesaria para realizar o ejercer una actividad o realizar una labor, la cual en el caso de los padres hace

referencia a la aptitud o suficiencia para atender debidamente a los hijos, tanto material como psíquica y emocional, la SAP, 18 a de Barcelona de 3 marzo de 2009 recuerda que (...) El juez ha de indagar la idoneidad de cada uno de los progenitores con el régimen de guarda que se solicite en cada caso concreto. Deben ponderarse, entre otras, las circunstancias de carácter objetivo para adecuar la modalidad de custodia mas adecuada al menor en concreto. Así deben analizarse la disponibilidad de tiempo de uno y otro progenitor para dedicarlo a las hijas, el aseguramiento de la estabilidad de los menores en relación a su situación precedente, procurando la continuidad en el entorno, las relaciones con la familia extensa, el colegio, los amigos o la ciudad o barrio, cual de los progenitores ofrece mayor garantía para que las relaciones se desarrollen con normalidad, el rol de dedicación a los menores de uno y otro progenitor, la garantía de equilibrio psíquico del

menor, para que no se vea afectado por desequilibrios graves que afecten a uno de los progenitores, en su caso, la constancia de que quede deslindada la idoneidad de la custodia, interés por la obtención de réditos materiales indirectos, (...)" . Al hablar de constancias de carácter objetivo de cada progenitor, hay que referirse a sus condiciones físicas y psíquicas, a su salud tanto somática como psíquica, de carácter, de comunicación, de trato, didácticas, morales, o éticas, así como en sus situación material y social, esto es la estabilidad laboral, estabilidad en la residencia, elementos que en este caso concreto no se dan, por cuanto el Sr. Cecilio es altamente inestable a nivel laboral, y considera esta parte que carece de estabilidad en sus condiciones de vida en general.

»Todo lo anterior unido a la Patología Crónica que afecta al Progenitor no Custodio: Como ya lo expusimos anteriormente el Sr. Cecilio , padece de ludopatía, la cual al no tener tratamiento presenta un comportamiento, así como unos usos sociales los cuales no consideramos adecuados para el "bienestar de los menores, unido al hecho de que el Sr. Cecilio ha cometido delitos de apropiación de joyas y dinero, en contra de la que fuere su pareja, sus hijos menores, y sus suegros, según su propia confesión para satisfacer sus ansias de juego, las cuales son irrefrenables, comportamiento que esta parte considera que lo incapacitan, lo indisponen o lo imposibilitan para asumir la guardia y custodia de los menores, por ir en contra del interés de los menores, y por que establece unas pautas de comportamiento negativo que van en detrimento del bienestar de esto, así lo establece la STC núm. 185/2012 , en relación al interés del menor y sobre la preeminencia de este establece que: «Como hemos tenido ocasión de señalar en materia de relaciones paterno- filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello (SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5 ; K 124/2002, de 20 mayo, FJ 4 ; 144/2003, de 14 julio, FJ 2 ; 71/2004, de 19 abril, FJ 8 ; 11/2008 , de 21, FJ 7). El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor el interés de los progenitores no resulta nunca preferente. Y de conformidad con este principio, el art. 92 CC regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquéllos»

»PENSIÓN DE ALIMENTOS: el padre entregará a la madre mensualmente la cantidad 300 euros, por anticipado y dentro de los primeros cinco días de cada mes, Esta cifra se actualizará anualmente según el IPC elaborado por el INE o índice que lo sustituya. progenitor contribuirá por mitad a los gastos extraordinarios de sanidad y educación que generen los hijos menores.

»Todo ello con expresa imposición de costas al demandado».



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- Se declaró la rebeldía de don Cecilio .

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 Dos Hermanas, dictó sentencia con fecha 29 de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por DOÑA Eva contra DON Cecilio , se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad de los menores fruto de la relación habida entre las partes a DOÑA Eva . No establece régimen de visitas a favor de los menores y fin fija como pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio la cantidad de 150 por cada hijo que se ingresará, por meses anticipados, en los cinco primeros días en la cuenta que a tal efecto se designe por el progenitor custodió. Esta cantidad se incrementará en las variaciones que experimente el I.P.C. en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de la revisión, a contar desde la notificación de la fecha de la presente resolución.

»Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad.

»No se hace expresa imposición de costas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Eva . La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 14 de septiembre 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que, estimando parcialmente el recurso de apelación revocamos la sentencia y establecemos un régimen de comunicación telefónica los martes y jueves entre las 20 h a 21 h, con una duración máxima de cada llamada de 10 minutos. No hacemos pronunciamiento sobre las costas de la alzada».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Eva con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción por aplicación indebida de los artículos 2, numerales 1, 2 c) 3 d) 4, 5 b) de la Ley Orgánica 8/2015 , así como el artículo 11 numeral 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio , de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, sobre los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores en sus apartados a) d) que reformaron el artículo 160 del CC . Segundo.- El contenido de la contradicción jurisprudencia con el caso que nos ocupa la SSTS 83372012 pleno n.º recurso 2248/2011 fecha de resolución 31/01/2013 .

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 14 de febrero de 2018 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. No ha comparecido la parte recurrida.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se desestime.

SEXTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de abril de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Eva formuló demanda para la fijación de medidas con respecto a sus hijos menores, Saturnino , nacido el NUM000 de 2009, y Elisa , nacida el NUM001 de 2010. Las medidas tienen que ver con la atribución de la patria potestad y la guarda y custodia de los dos menores, sin régimen de visitas para el padre, y el establecimiento a su cargo de una pensión de alimentos de 300 euros, actualizable conforme al IPC o índice que lo sustituya.

El demandado estuvo en rebeldía y no asistió al acto del juicio. El Ministerio Fiscal solicitó que se le privara de la patria potestad.

La sentencia del juzgado atribuyó el ejercicio de la patria potestad sobre los menores a la madre, sin establecer régimen de visitas al padre, ante el desinterés mostrado por los hijos y los problemas derivados de su localización, y fijó una pensión de alimentos a su cargo de 150 euros mensuales por cada hijo. Descartó que proceda la privación de la patria potestad al padre.

El demandado interpuso recurso de apelación manifestando su voluntad de querer recuperar a sus hijos, pretendiendo la atribución de la patria potestad, hablar con sus hijos de 20 a 21 horas y un régimen de visitas



de mitad de las vacaciones escolares, Alega vivir son su pareja y un hijo de esta y su madre, que le están dando estabilidad, y tener un trabajo eventual de peón en una empresa.

La sentencia de la Audiencia Provincial da por probado el desinterés del padre por los hijos y su difícil localización y mantiene que sea la madre quien ejerza las obligaciones derivadas de la patria potestad, porque es ella « la que está atendiendo desde la ruptura a los menores, sin que el padre haya demostrado interés y participación en la educación y formación de los hijos; ello supone una clara desatención de las obligaciones derivadas de la patria potestad, además según se desprende del poder para pleitos reside en un pueblo de la provincia de Murcia».

Constatada esa situación prolongada en el tiempo de falta de relación con los hijos, considera que no es posible, «por su propio beneficio que se establezca un régimen de visitas como solicita el apelante de la mitad de las vacaciones, que en principio y desde esa falta de relación no parece que sea beneficioso para ellos... no obstante y para poder iniciar la relación si puede resultar eficaz establecer la comunicación telefónica dos días a la semana martes y jueves en horario de 20 a 21 horas, con una duración máxima de 10 minutos, y siempre que ese inicio de la relación se produzca de forma correcta; si esa situación del inicio de la relación se va consolidando, siempre se podrá pedir que se vaya progresivamente ampliando el régimen de visitas».

SEGUNDO.- Doña Eva interpone recurso de casación porque, mediante la normativa y jurisprudencia que considera infringida en los dos motivos, considera que es contrario al interés del menor el establecimiento de un régimen de comunicación telefónica con el padre biológico, como así es, en efecto.

Es evidente, y especialmente relevante, que no se aluda en la sentencia al beneficio que para los dos hijos van a suponer esas llamadas telefónicas de dos días a la semana del padre, simplemente dice que «puede resultar eficaz». Si se alude a este beneficio para negar al padre la estancia con sus hijos durante la mitad de las vacaciones, dada la falta de relación con los mismos.

Es cierto, y así se dijo en la sentencia 823/2012, de 31 de enero, que se cita en el recurso, que sea cual fuere el miembro de la pareja parental con el que conviva en niño, debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional. Ocurre, sin embargo, que apenas existen vínculos entre el padre y los menores puesto que la relación ha sido nula y lo que no es posible es que estos vínculos se reestablezcan mediante unas llamadas telefónicas a quien desconoce la figura paterna y tienen posiblemente unos referentes distintos.

El interés del menor constituye una cuestión de orden público y está por encima del vínculo parental, debiendo presidir cualquier interpretación y decisión que le afecte durante su minoría de edad. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses.

Y este interés, conforme resulta de la valoración de los datos de prueba, ponen sin duda en evidencia que lo mejor, o lo más conveniente para los menores es que no inicien las relaciones con su padre a través del teléfono sin tener en cuenta el efecto que origina esa reiterada falta de contacto en el tiempo con su padre ni el abandono por parte de este de las obligaciones derivadas de la patria potestad, o los posibles vínculos que se hayan creado con otra figura paterna. La reaparición repentina en sus vidas del padre biológico a través del teléfono en nada garantiza su interés y protección, y especialmente su estabilidad emocional. Primero tendrán que conocerse. Luego hablar y comunicarse y siempre, y en cualquier caso, valorando la oportunidad de establecer unos vínculos hasta ahora inexistente, siempre que ello sea posible y positivo para los menores, teniendo en cuenta el efecto que ha producido el transcurso del tiempo en su desarrollo, conforme a los criterios que en interpretación y aplicación del interés superior del menor se establecen en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

TERCERO.- La estimación del recurso hace que esta sala deba asumir la instancia y confirmar, como se interesa, la sentencia del juzgado; todo ello con expresa imposición al recurrente en apelación de las costas causadas por el dicho recurso; sin hacer especial declaración de las del recurso de casación, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .

FALLO

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

1.º- Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de doña Eva contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla -Sección 2.ª- de 14 de septiembre de 2017, que se casa y



anula en lo que se refiere al régimen de comunicación telefónica del padre con sus hijos, manteniendo en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado de Dos Hermanas, de 29 de marzo de 2016, en los autos 349/15.

2.º- Se imponen a la recurrida las costas causadas por el recurso de apelación; sin hacer especial declaración de las de la primera instancia y 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