



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

Sentencia 18/2015, de 23 de julio de 2015

Sala de lo Civil y Penal

Rec. n.º 4/2015

SUMARIO:

Divorcio. Modificación de medidas. Custodia de menores Pretender que al menor de 15 años con suficiente grado de madurez no le influya el impago del progenitor de sus alimentos y se imponga la custodia compartida pese a su rechazo, es contrario al principio del interés superior del menor. El tribunal, en aras de preservar la primacía de ese principio de superior interés del menor, podrá fundar una decisión de constitución de régimen de custodia monoparental sin la concurrencia de informes, cuando de la exploración del menor y de otros medios de prueba se deduzca la concurrencia de factores previstos en el 5.3 de la Ley Valenciana 5/2011 de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, que justifiquen la prevalencia de la voluntad del menor sobre la de sus progenitores, siempre que concurren circunstancias de las que se desprenda un grave incumplimiento de los deberes inherentes al progenitor. En el caso que se enjuicia, se han destacado tres factores legales que justifican la decisión judicial de aplicar en beneficio del interés superior del menor el régimen de custodia monoparental; el primero, se refiere a la opinión de los hijos e hijas menores, y ese derecho a ser oído se recoge en toda la legislación citada, valorando el grado de madurez del menor; el segundo, se refiere a la dificultad de cumplir el régimen de visitas; el tercero, la inexistencia de esos informes y, por último, el incumplimiento de la obligación de pago de la pensión alimenticia.

PRECEPTOS:

Ley Valenciana 5/2011 (Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no convive), arts. 5

Ley Orgánica 6/1985(LOPJ), art. 73.1 a).

Ley 1/2000 (LEC), arts. 218, 473.2, 478.1. 770.4, sisp. final decimosexta.

Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, artículo 33.1 y 2 y del artículo 37.2

Constitución española, arts. 24.1, 39.3, 96.1, 120.3.

Ley Valencia 12/2008, (Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia), artículos 3, 5, 20.1 y 22

Ley Orgánica 1/1996, (Protección Jurídica del Menor), art. 11

Código civil, art. 92.

Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 227.1.

PONENTE:

Don José Antonio Lahoz Rodrigo.

Magistrados:

DEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

Don ANTONIO FERRER GUTIERREZ
Don JOSE ANTONIO LAHOZ RODRIGO
Don JOSE FRANCISCO CERES MONTES
Don JUAN CLIMENT BARBERA
Don MARIA PILAR DE LA OLIVA MARRADES

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA**

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

VALENCIA

NIG 46250-31-2-2015-0000010

Recurso de Casación nº 4/2015

SENTENCIA Nº 18/2015

Excma. Sra. Presidenta

D^a Pilar de la Oliva Marrades.

Ilmos. Sres. Magistrados

D. Antonio Ferrer Gutiérrez.

D. Juan Climent Barberá.

D. José Francisco Ceres Montés.

D. José Antonio Lahoz Rodrigo

En Valencia, a veintitrés de julio 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 894/2014 de fecha 19 de noviembre de 2014 , resolutoria del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia, de fecha 28 de mayo de 2014 , en los autos de modificación de medidas nº 806/2013, cuyo recurso de casación fue interpuesto por la Procurador de los Tribunales D^a. Amparo Gargallo Jaquotot en nombre y representación de D. Eutimio , defendido por el Letrado D. Raúl Zaragosi Navarro; habiendo sido parte recurrida, D^a Elisenda , representada por el Procurador de los Tribunales D. Álvaro Cuellar de la Asunción y defendida por la Letrada D^a. Liana Pérez Clemente.

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



www.civil-mercantil.com

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Con fecha 28 de mayo de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia se dictó sentencia en el procedimiento de modificación de medidas definitivas fijadas en sentencia de divorcio nº 806/13, instado por D. Eutimio representado por la Procuradora doña Amparo Gargallo Jaquotot frente a D^a. Elisenda representada por el Procurador don Álvaro Cuellar de la Asunción, siendo parte el Ministerio Fiscal. El fallo de la sentencia dispuso: "Que debo desestimar la demanda de modificación de medidas definitivas, instada por D. Eutimio , representado por la Procuradora doña Amparo Gargallo Jaquotot contra doña Elisenda , representada por el Procurador don Álvaro Cuellar de la Asunción manteniéndose las medidas paterno filiales vigentes, modificándose el sistema de visitas en el sentido recogido en esta resolución. Cada parte abonará las costas procesales originadas en autos a su instancia y las comunes por mitad."

Segundo.

Por la representación procesal de D. Eutimio se interpuso recurso de apelación que fue admitido a trámite por diligencia de ordenación de 17 de julio de 2014, dando traslado a las demás partes para que pudieran oponerse e impugnar la resolución. En fecha 22 de julio de 2014 el Ministerio Fiscal se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia. Por la representación procesal de D^a. Elisenda en fecha 29 de julio de 2014 se presentó escrito de oposición, interesando la confirmación de la sentencia.

Por diligencia de ordenación de 31 de julio de 2014 se remitieron las actuaciones a la Sección Décima de la AP de Valencia con emplazamiento de las partes.

Tercero.

Por diligencia de ordenación de 19 de septiembre de 2014 se tuvo por recibido el procedimiento, por personadas las partes y se designó Magistrado Ponente

Por providencia de 6 de octubre de 2014 se señaló la deliberación, votación y fallo para el día 19 de noviembre de 2014.

Por la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia se dictó sentencia en fecha 19 de noviembre de 2014 , y dispuso: "Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Eutimio . Segundo.- Confirmar íntegramente la sentencia de instancia. Tercero.- No hacer imposición de las costas de esta alzada."

Contra la referida sentencia se interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y de casación por interés casacional por la Procuradora de los Tribunales D^a Amparo Gargallo Jaquotot en representación de D. Eutimio , para ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, por interés casacional por infracción del artículo 6 la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011 y oponerse a la doctrina legal definida por la sentencia del TSJCV nº 9/2013, de 6 de septiembre (Sala de lo Civil y Penal).

Por diligencia de ordenación de 4 de febrero de 2015 se tuvo por formulado el escrito de interposición del recurso de casación, se dispuso el emplazamiento de las partes ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana y la elevación de los autos ante el mismo.



www.civil-mercantil.com

Cuarto.

Recibidos el rollo y autos originales en esta Sala, por diligencia de ordenación de 18 de febrero de 2015 se turnó la ponencia, y se dispuso que llegado el término del plazo para la personación de las partes se diera cuenta a la Sala. Comparecidas que fueron las partes conforme a lo dispuesto en el artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se acordó por diligencia de ordenación de 5 de marzo de 2015 que se pasaran las actuaciones al Magistrado Ponente para instrucción y sometimiento a la Sala acerca de la admisión o inadmisión de los recursos extraordinarios, lo que se efectuó una vez firme la diligencia de ordenación referida.

Por auto de 23 de marzo de 2015 se admitió a trámite los recursos extraordinarios de casación y de infracción procesal interpuestos y se acordó seguir el trámite del artículo 485 LEC . Por diligencia de ordenación de 23 de marzo de 2015 se dio traslado al Ministerio Fiscal y parte recurrida para que en plazo de 20 días pudieran formalizar su oposición.

Por el Ministerio Fiscal, en fecha 7 de abril de 2015, se presentó escrito de oposición al recurso, interesando su desestimación. En fecha 22 de abril por la representación procesal de D^a. Elisenda se interesó se desestimaran los recursos extraordinarios interpuestos.

Por diligencia de ordenación de 27 de abril de 2015 se pasaron las actuaciones al Magistrado-Ponente y por providencia de Sala de 29 de abril de 2015 se señaló la deliberación, votación y fallo de los recursos para el próximo día 7 de mayo de 2015.

Quinto.

El retraso en el plazo de dictar sentencia se debe a que el Magistrado-Ponente ha estado en ILT desde el 27 de mayo al 12 de julio de 2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se interpone por la representación procesal de Don Eutimio los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación por interés casacional contra la sentencia nº 894/14 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, dictada en el rollo de apelación nº 871/2014 . Se realiza conforme al cauce del interés casacional, artículo 477-2-3 de la LEC , al entender que la sentencia recurrida infringe el artículo 5 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011 y se opone a la doctrina legal definida por la sentencia del TSJCV nº 9/2013, de 6 de septiembre (Sala de lo Civil y Penal) y por auto de 23 de marzo de 2015 fue admitido a trámite.

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



www.civil-mercantil.com

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".

Igualmente, este tribunal es competente para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Decimosexta de la LEC que establece: " En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario de infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto d las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación, conforme a lo dispuesto en el artículo 477.", y en el epígrafe 1º dispone: "Sera competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la sala de lo civil del tribunal supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a la Salas de lo Civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia , las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente ley ."

Segundo.

Recurso extraordinario de infracción procesal.

La Disposición final decimosexta de la LEC regula el régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios y en el apartado 6 dispone: " Admitidos los recursos a que se refiere la regla anterior, se resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y, solo cuando este se desestime, se examinará y resolverá el recurso de casación. En tal caso, la desestimación del recurso por infracción procesal y la decisión sobre el recurso de casación se contendrán en una misma sentencia."

Se plantea como único motivo, al amparo del artículo 469.1.2ª LEC , la infracción del artículo 218, apartados 1 a 3 LEC por falta de motivación de sentencia. Se alega que la sentencia recurrida no motiva adecuadamente la decisión de otorgar a uno solo de los progenitores la custodia en exclusiva, omitiendo la inexistencia de informe social, médico o psicológico que aconsejara esa decisión, contraviniendo el artículo 3 de la ley valenciana que dispone que la autoridad judicial tendrá en consideración lo que indiquen los informes médicos, sociales o psicológicos. Califica de "déficit de fundamentación" las razones expuestas en la sentencia recurrida para justificar el establecimiento de un régimen de custodia monoparental, las dos primeras, en cuanto la Sala valoró que solo pretendió modificar la cuantía de la pensión cuando instó la modificación de medidas acordadas de mutuo acuerdo en el procedimiento de divorcio, estando ya en vigor la Ley 5/2011, la tercera, el escaso tiempo transcurrido entre la sentencia dictada en grado de apelación de 7 de marzo de 2012 y la demanda que rige este procedimiento, escasos dos meses, y, la cuarta, por una circunstancia puntual como ha sido la excesiva exposición solar de la hija menor.

La sentencia del TS de 31 de diciembre de 2010 recoge la doctrina sobre la motivación al disponer: "Sobre el deber de motivación de las sentencias, ésta Sala ha declarado que el derecho a una resolución fundada en derecho, que constituye una de las facetas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva según el artículo 24.1 CE implica, en primer lugar, que la resolución ha de ser motivada (art.120.3 CE), es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, y, en segundo lugar, que debe contener una fundamentación en derecho, consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento jurídico, esto es, un fundamento jurídico, y exclusión de



www.civil-mercantil.com

error patente, arbitrariedad e irracionalidad (SSTC, entre otras, 325/2005, del 12 diciembre , 74/2007, de 16 abril , 89/2008, de 21 julio). Si la motivación supone la existencia de expresar los criterios esenciales de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi (STC, entre otras, 119/2003, de 16 de junio ; 75/2005, de 3 4 de abril ; 60/2008, de 26 de mayo), se produce la infracción constitucional cuando no hay motivación, es completamente insuficiente, y cuando la motivación no es razonable o está totalmente desconectada con la realidad de lo actuado, dando lugar a un resultado desproporcionado o paradójico. La exteriorización de las razones en las que se basa la decisión judicial, además de coherente, ha de ser adecuada y suficiente a la naturaleza del caso y circunstancias concurrentes. El juicio de suficiencia hay que realizarlo (SSTC, entre otras, 66/2009, de 9 de marzo y 114/2009, de 14 de mayo) atendiendo no sólo al contenido de la resolución judicial considerada en sí mismo, sino también dentro del contexto global del proceso, atendiendo a las actuaciones y decisiones que han conformado el debate procesal; es decir valorando las circunstancias concurrentes que singularicen el caso concreto, tanto las que estén presentes, explícita o implícitamente en la resolución recurrida, como las que no presentándolo, constan en el proceso."

La sentencia recurrida expone cuatro argumentos por los que desestima el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia que no estimó el régimen de custodia compartida solicitado por D. Eutimio , y aunque la recurrente se limita a calificarlos como insuficientes, este tribunal, por el contrario, entiende que constituyen una más que suficiente exposición de las razones en las que se apoya la decisión judicial y se ajusta a la doctrina constitucional sobre el deber de motivar las resoluciones judiciales. Las dos primeras se refieren al tiempo en que se insta la solicitud de custodia compartida, 31 de marzo de 2013, que es la fecha de presentación de demanda, y hay que destacar que previamente instó el procedimiento de modificación de medidas nº 779/11 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 24 en el que recayó sentencia en fecha 15 de noviembre de 2011 y en segunda instancia en fecha 7 de marzo de 2012, y no se formuló pretensión relativa al régimen de custodia compartida pues solo pretendía una modificación de la cuantía de la pensión de alimentos. La tercera alude al rechazo de los hijos al régimen de custodia compartida, respecto a la que nada alega el recurrente, y la cuarta refiere un hecho puntual, excesiva exposición solar de la hija, que es valorada por las partes de forma muy diferente y por el tribunal de apelación como un elemento que refuerza el fundamento que justifica el régimen de custodia monoparental.

Procede la desestimación del motivo de conformidad con el epígrafe 14 del apartado "Recurso Extraordinario por Infracción Procesal", del Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal adoptado por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 30 diciembre 2011, que establece que concurre causa de inadmisión: "Cuando, a criterio de la Sala Primera del TS (en el presente caso este tribunal) el contenido del recurso carezca manifiestamente de fundamento (artículo 473.2. LEC)", que incluye la alegación de falta de motivación, de la vulneración del principio de congruencia y de otros vicios in iudicando o in procedendo de la sentencia recurrida cuando lo que realmente se evidencie sea una disconformidad de la parte recurrente con los razonamientos de la sentencia impugnada.

En atención a las consideraciones expuestas procede desestimar el único motivo del recurso por infracción procesal.

Cuarto.

Recurso extraordinario de casación por interés casacional.

A.- Cuestiones relevantes.

CEF.-**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**

www.civil-mercantil.com

El recurso de casación tiene su fundamento en la infracción por aplicación indebida del artículo 5, apartados 2 y 4 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana, en cuanto se opone a la doctrina legal definida en la sentencia 9/2013, de 6 de septiembre, de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de la CV 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". En los apartados 2 y 4 que se citan como infringidos se establece lo siguiente: "Como regla general, atribuirá a ambos progenitores, de manera compartida, el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores de edad, sin que sea obstáculo para ello la oposición de uno de los progenitores o las malas relaciones entre ellos" y "La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y a la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que proceda. En ese supuesto, deberá establecer un régimen de relaciones familiares adaptado a las circunstancias propias del caso, que garantice el contacto de los hijos e hijas menores con ambos progenitores." Considera la recurrente que la sentencia recurrida contraviene la doctrina legal citada en cuanto establece un régimen de custodia individual sin que se haya practicado ni conste informe pericial sobre la conveniencia del mismo, deduciendo del apartado 4 que sólo podrá acordarse cuando la decisión esté basada en informes sociales, médicos psicológicos y demás que procedan.

Para la resolución del motivo es preciso hacer, siquiera de forma sucinta, referencia a las cuestiones suscitadas y resueltas en el procedimiento al efecto de desarrollar el "quid iuris" que constituye el motivo de admisión. Así, el ahora recurrente interpuso demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio acordadas en autos nº 1447/2009 del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia solicitando la adopción del régimen de custodia compartida de sus dos hijos menores. La recurrida, D^a Elisenda, se opuso a la citada medida y alegó el impago de la pensión de alimentos convenida en procedimiento de divorcio, aportó la sentencia recaída en procedimiento penal seguido por delito de abandono de familia por impago de pensiones, distintas sentencias recaídas en juicio de faltas seguidos por denuncia del recurrente contra su ex esposa por incumplimiento del régimen de visitas, dos absolutorias y una condenatoria, esta aportada por el demandante, informes médicos de asistencia prestada a la hija menor en fechas de 8 y 31 de julio de 2010 y 29 de mayo de 2011, por lo que consideraba que no concurrían las circunstancias previstas en la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalidad Valenciana para establecer el régimen de custodia solicitado. La sentencia de instancia desestimó la medida y en el fundamento segundo expuso las razones por las que no aplicaba el régimen de custodia compartida, entre otras, las malas relaciones de los progenitores entre sí y del padre en relación con sus hijos menores, por lo que atendiendo al interés superior del menor estableció un régimen de custodia individual. La sentencia que se recurre declara expresamente que no existen informes y establece el régimen de custodia monoparental atendiendo al principio del "interés superior del menor" cuyo reconocimiento se sustenta en tres circunstancias; la primera, en que estando vigente la ley autonómica el recurrente pretendió la modificación de medidas interesando tan sólo la pensión alimenticia, la segunda, en el rechazo de los hijos al régimen de custodia compartida al no querer estar más tiempo con su padre y, la tercera, la falta de atención del progenitor cuando su hija sufrió quemaduras solares por excesiva exposición al sol. A todo ello se une el abandono familiar al



www.civil-mercantil.com

incumplir la obligación de pago de la pensión que fue acordada de mutuo acuerdo en procedimiento de divorcio .en el que recayó sentencia en fecha 8 de enero de 2010 .

B.- Principio de primacía del superior interés del menor.

a) Legislación.-

El principio de "primacía del interés del menor" preside toda la legislación estatal y autonómica en materia de infancia y adolescencia, y, también, a nivel supranacional a través de la Convención de los Derechos del Niño, adoptado por la Asamblea de Naciones Unidas en fecha 20 de noviembre de 1989 ratificado por España por Instrumento publicado en BOE de 31 de diciembre de 1990.

(i) La Ley 12/2008, de 3 de julio, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, en sus artículos 3 , 5 y 20-1 establece la primacía de ese principio y, en particular dispone: artículo 3: "...para su determinación se tendrá en cuenta la condición del menor como sujeto de derechos y responsabilidades, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales y socioeconómicas en que se desenvuelve, buscando siempre la confluencia entre el interés del menor y el interés social"; artículo 5. 1. Criterio de interpretación. "La interpretación de la presente Ley , así como de sus normas de desarrollo y las que regulen cuantas actividades se dirijan a la atención de la infancia y adolescencia, debe estar presidida por el interés superior del menor, de conformidad con la Constitución Española, Tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Estado español, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y demás normas que componen el ordenamiento jurídico en el ámbito de la protección del menor., y artículo 20-1 "1. El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, patrimonial, familiar o social."

(ii) Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inspirada en el principio de primacía del interés superior del menor que recoge en el artículo 11 , dispone en el artículo 9 el derecho a ser oído: "El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad. Artículo 11, Principios rectores de la acción administrativa.

(iii) Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 dispone en el artículo 3-1 "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño" De conformidad con el artículo 96-1 de la C.E . "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propio tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional."

b) Jurisprudencia del TS. Interés casacional. Principio de "superior interés del menor".

El Tribunal Supremo, Sala 1ª, en sus sentencias nº 257/2013 de 29 de abril , nº 1699/2014 de 25 de abril y nº 52/2015 de 16 de febrero , dictadas en recursos por interés casacional, partiendo de que no existe una definición legal, han integrado el concepto de "interés del menor" en el siguiente sentido:



www.civil-mercantil.com

"En primer lugar, la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como 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".

c) Especialidad norma autonómica. Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

La jurisprudencia citada, referida a la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 del CC, nos sirve de criterio orientador en cuanto a los elementos que deben integrar ese concepto, aunque presenta sensibles diferencias en su redacción respecto al artículo 5 de la Ley autonómica, pues en el primero, en relación a la adopción del régimen de custodia compartida, exige, apartado 6, "recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda." Y en el apartado 9 dispone: "El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de partes, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores". Mientras que el artículo 5.4 de la ley autonómica dispone: "La autoridad judicial podrá otorgar a uno solo de los progenitores el régimen de convivencia con los hijos e hijas menores cuando lo considere necesario para garantizar su interés superior, y la vista de los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan"

Del examen de la norma, artículo 5.4 de la Ley 5/2011, se desprende que para acordar el régimen de custodia monoparental es necesario que existan informes que lo justifiquen en aplicación del principio de primacía del interés del menor. Ese criterio es el que recoge la doctrina legal de este tribunal en la sentencia nº 9/2013 de 6 de septiembre ya citada en esta resolución, por lo que debe resolverse si el tribunal de apelación puede conceder el régimen de custodia monoparental en aplicación del principio de interés del menor aun en el supuesto de que no se haya practicado la prueba pericial, de carácter relevante, para su estimación.

Quinto.

La jurisprudencia ha configurado el principio del "superior interés del menor" como norma de "ius cogens" y directamente aplicable por el tribunal en toda medida que afecte a un menor, y aunque en el presente caso las partes no solicitaron al tribunal de instancia ni al de apelación que se emitieran los informes por el gabinete psicosocial conforme previene el artículo 770-4 LEC, su omisión no puede producir el efecto directo que pretende el recurrente pues la medida de custodia debe acordarse siempre que beneficie el interés del menor, y así se desprende al interpretar conjuntamente los artículos 5.4 y 5.2 y 3 de la Ley 5/2011 de los



www.civil-mercantil.com

que se deduce que no solo la existencia de informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan constituyen los únicos medios de prueba en que debe fundarse una decisión de custodia monoparental sino también los factores descritos en el apartado 3 entre los que se encuentra la opinión de los hijos e hijas menores cuando tuvieren madurez suficiente y , en todo caso, cuando hayan cumplidos los doce años, y cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos, por lo que la decisión del tribunal para establecer un régimen de custodia monoparental debe estar fundada en un conjunto de factores de los que se desprenda la conveniencia de ese régimen de custodia en beneficio del superior interés del menor.

En el caso que se enjuicia la sentencia recurrida expone las razones que justifican la desestimación del régimen de custodia compartida, que constituye la regla general, por lo que este tribunal a los efectos de casación debe revisar si se ha infringido el artículo 5.4 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalidad Valenciana y la doctrina legal contenida en la sentencia de este Tribunal de 6 de septiembre de 2013 . Hay dos circunstancias concurrentes que son valoradas como muy relevantes para integrar la decisión adoptada, en contra de la regla general, en aplicación del principio de interés superior del menor; la primera, es el incumplimiento de la obligación de pago de la pensión de alimentos por el ahora recurrente que fue acordada de mutuo acuerdo en convenio regulador de divorcio, aprobado en la sentencia de divorcio de 8 de enero de 2010 . El importe de la pensión alimenticia ascendía a 600 ? mensuales, 300 para cada hijo menor, Gines y Lidia . Por sentencia de 20 de abril de 2012 del Juzgado de lo Penal nº 10 de Valencia , D. Eutimio , parte recurrente, fue condenado como autor de un delito de abandono de familia por impago de pensiones del artículo 227.1º del CP , y se declaraba como hecho probado que desde la sentencia de divorcio, 8 de enero de 2010 , y hasta el 20 de abril de 2012, fecha de celebración del juicio oral, solo había pagado 1.900 ? en el 2010, entre 600 y 700 ? en el 2011 y 170 ? en el 2012; la segunda, las denuncias formuladas por el recurrente por incumplimiento del régimen de visitas, en dos de ellas recayeron sentencias absolutorias, de fechas 14 de febrero de 2014 del Juzgado de Instrucción nº 2 de Valencia y de 31 de enero de 2011 del Juzgado de Instrucción nº 12 de Valencia , y en una, sentencia de 6 de junio de 2012 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Valencia, fue condenada la recurrida, D^a. Elisenda , como autora de una falta de incumplimiento de régimen de visitas.

A ellas debe adicionarse el resultado de la exploración de los menores, Gines , de 15 años de edad a la fecha de interponer la demanda, y Lidia , de 9 años, realizada por la juzgadora de instancia de la que se desprende la firme voluntad de no querer vivir con el padre, manifestando un rechazo a la pareja del padre con la que vive.

La Ley 5/2011 asume los presupuestos del artículo 22 de la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat , de protección integral de la infancia y adolescencia, y en el artículo 5, medidas judiciales, establece que antes de fijar el régimen de convivencia de cada progenitor con los hijos e hijas menores, y a la vista de la propuesta de pacto de convivencia familiar que cada uno de ellos deberá presentar, la autoridad judicial tendrá en cuenta los siguientes factores: b) La opinión de los hijos e hijas menores, cuando tuvieren la madurez suficiente y, en todo caso, cuando hayan cumplido 12 años; c) La dedicación pasada a la familia, el tiempo dedicado a la crianza y educación de los hijos e hijas menores y la capacidad de cada progenitor; d) Los informes sociales, médicos, psicológicos y demás que procedan y h) Cualquier otra circunstancia relevante a estos efectos. El apartado 3º no contradice lo previsto en el 4º, ni de este cabe deducir que la existencia de informes periciales sea requisito indispensable para fundamentar el régimen de custodia monoparental, por lo que debe realizarse una interpretación lógica y sistemática de esos apartados para determinar cuáles son los criterios que puedan fundamentar una decisión de custodia monoparental en aplicación del principio del "superior interés del menor".



www.civil-mercantil.com

En el caso que se enjuicia se han destacado tres factores legales que justifican la decisión judicial de aplicar en beneficio del interés superior del menor el régimen de custodia monoparental; el primero, coincidente con el epígrafe b) se refiere a la opinión de los hijos e hijas menores, y ese derecho a ser oído se recoge en toda la legislación citada, valorando el grado de madurez del menor; el segundo, coincidente con el epígrafe b) se refiere a la dificultad de cumplir el régimen de visitas; el tercero, coincidente con el epígrafe d) la inexistencia de esos informes y, por último, coincidente con el epígrafe h) el incumplimiento de la obligación de pago de la pensión alimenticia.

La relación paterno-filial está configurada jurisprudencialmente como una relación de derechos-deberes de naturaleza recíproca. El artículo 39-3 de la CE establece: "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda". El artículo 18-1 de la Convención de los Derechos del Niño dispone que: "1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño."

Es evidente que el incumplimiento de la obligación de pago de la pensión alimenticia, convenida por los progenitores en procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, sin que exista un causa racional y lógica que lo justifique incide en esa esfera de "deber" que la relación paterno-filial conlleva y también de forma muy negativa en la percepción que un menor tiene del grado de compromiso de su progenitor para procurar las necesidades ínsitas en el concepto de alimentos. Pretender que a un menor de edad, que contaba 15 años al tiempo de presentación de la demanda, y, por tanto, con suficiente grado de madurez para valorar la conflictiva etapa vivida sin ese sustento alimenticio, no le influya ese incumplimiento del progenitor y se le imponga un régimen de custodia compartida, firmemente rechazada en la exploración, es contrario a los principios inspiradores de la legislación en materia de infancia y adolescencia, en particular a lo dispuesto en el artículo 3-1 de la Convención, vinculación de los tribunales a la primacía de ese principio y, por ello, resulta de aplicación cuando el tribunal valore la concurrencia de circunstancias que así lo aconsejen, aun cuando en el procedimiento no se haya practicado las pruebas periciales a las que se refiere el artículo 5.4 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de la Generalitat Valenciana .

Es cierto que la doctrina que emana de la sentencia de este Tribunal nº 9/2013 de 6 de septiembre estableció la necesidad de concurrencia de informes para adoptar el régimen de custodia monoparental, no obstante, en sus fundamentos octavo y decimoquinta expone que "el interés superior del menor" se ha de integrar en cada caso concreto, dando contenido específico a este concepto jurídico indeterminado y atendiendo en el ámbito de la Comunidad Valenciana a lo dispuesto en la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, que establece como régimen general de convivencia el de convivencia compartida, artículo 5.2 , y como régimen excepcional el de custodia individual y como tal de particular concreción del interés del menor en cada caso...", sin embargo, las circunstancias fácticas que justificaron esa doctrina casacional nada tenían que ver con las que concurren en este procedimiento, por lo que, sin ser obstáculo esa doctrina a la aplicación directa del principio de interés del menor, si debe introducirse una matización en el sentido de que el tribunal, en aras de preservar la primacía de ese principio, podrá fundar una decisión de constitución de régimen de custodia monoparental sin la concurrencia de informes, cuando de la exploración del menor y de otros medios de prueba se deduzca la concurrencia de factores previstos en el 5.3 que justifiquen la prevalencia de la voluntad del menor sobre la de sus progenitores, siempre que concurren



www.civil-mercantil.com

circunstancias de las que se desprenda un grave incumplimiento de los deberes inherentes al progenitor.

En atención a lo expuesto procede estimar el recurso que no afecta al fallo de la sentencia recurrida, y se declara como doctrina casacional: "La aplicación de la primacía del superior interés del menor para fundamentar una decisión de custodia monoparental sin la concurrencia de informes periciales, deberá estar fundada en los factores descritos en el artículo 5.3 de la Ley 5/2011 de 1 de abril , de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de los que se desprenda el grave incumplimiento de las obligaciones inherentes al progenitor, no siendo incompatible con la doctrina de la sentencia de este tribunal nº 9/2013 de 6 de septiembre que se aplicará con carácter general."

Sexto.

Al estimarse en parte 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, en cuanto a la infracción del artículo 5.4 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril, el recurso de casación civil interpuesto por D. Eutimio contra la sentencia de la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia nº 894/14, de fecha 19 de noviembre de 2014 , resolutoria de recurso de apelación formulado por D. Eutimio contra la sentencia de 28 de mayo de 2014 del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia

..

2º.- Casamos dicha sentencia de la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, nº 894/14, de 19 de noviembre de 2014 , en cuanto a la aplicación del artículo 5.4 de la Ley 5/2011 de 1 de abril de la Generalitat Valenciana , en cuanto al concepto del "superior interés del menor". No así el fallo por estar ajustado a derecho.

3º.- Declaramos como doctrina de esta Sala en punto a la interpretación del artículo 5.4 de la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011, de 1 de abril , que: "La aplicación de la primacía del superior interés del menor para fundamentar una decisión de custodia monoparental sin la concurrencia de informes periciales, deberá estar fundada en los factores descritos en el artículo 5.3 de la Ley 5/2011 de 1 de abril , de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven de los que se desprenda el grave incumplimiento de las obligaciones inherentes al progenitor, no siendo incompatible con la doctrina de la sentencia de este tribunal nº 9/2013 de 6 de septiembre que se aplicará con carácter general."

4º.- 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. Líbrense la correspondiente certificación de la presente sentencia y remítase a la Sección Sexta 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.



www.civil-mercantil.com

PUBLICACION. Extendida y debidamente firmada la anterior resolución definitiva en el día de su fecha, se procede a su publicación y depósito en la Oficina Judicial en la forma establecida en el art. 212 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.