

Relaciones paternofiliales: guarda y custodia compartida

Comentario a la STS de 17 de enero de 2019¹

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. La sentencia recurrida valora el interés del menor y considera que actualmente no existen razones para variar el régimen de guarda y custodia de la menor, que ostenta la madre. El informe psicosocial –emitido ciertamente cuando la niña tenía muy poca edad– recomendaba la práctica de nuevos exámenes, que no constan realizados y que serían necesarios para poder llegar a instaurar, en su caso, el sistema de custodia compartida. Es por ello que, tanto la Audiencia como esta sala han contado únicamente con la información emanada de aquel primer examen. Es doctrina reiterada de esta sala que cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente. No cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaure por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y, por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores), y lo que se discute es la modificación de la cuantía. En el primer caso, debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del CC, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor

¹ Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com/> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 a 31 de marzo de 2019).

desde el momento de la interposición de la demanda. En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente. La sentencia recurrida eleva la pensión de alimentos cuando la solución seguida por la jurisprudencia de esta sala da lugar a que el incremento tenga efecto exclusivamente desde la fecha del auto de complemento de la sentencia dictada por la Audiencia, que fue el que ha dado lugar a dicha elevación.

Palabras clave: relaciones paternofiliales; guarda y custodia compartida; pensión de alimentos.

Fecha de entrada: 10-03-2019 / Fecha de aceptación: 27-03-2019

Las situaciones que se generan por las crisis de pareja determinan, en la mayoría de los casos, la necesidad de determinar las consecuencias de la separación a través de los órganos judiciales, ante la falta de acuerdo de los progenitores sobre aspectos relacionados con los hijos menores comunes. Esto sucede en la sentencia seleccionada para comentar.

El supuesto resuelto judicialmente es el siguiente: los progenitores que mantiene una relación de pareja, sin vínculo matrimonial, deciden poner fin a la convivencia en común y separarse. La hija de la pareja es de corta edad, aún en período de lactancia, y así, mientras uno de los progenitores, concretamente la madre, decide interponer demanda solicitando la guarda y custodia y establecer un régimen de visitas, y solicitando una pensión de 600 euros que debe satisfacer el padre y otros pedimentos. El padre contesta a la demanda e interesa la guarda para la madre durante el período de lactancia, y transcurrido este la guarda y custodia compartida y subsidiariamente para él, y una pensión que cada progenitor deberá pagar al otro en los casos de guarda y custodia exclusiva. La sentencia de primera instancia acoge las pretensiones de la madre, fijando asimismo un régimen de vistas y fijando la pensión que debe satisfacer el padre en 250 euros desde la fecha de la interposición de la demanda, entre otras medidas. Ambos progenitores recurren la sentencia y la Audiencia resuelve estimando el interpuesto por la madre elevando la pensión a 300 euros desde la fecha de la interposición de la demanda y desestimando el presentado por el padre que insistía en el establecimiento de la guarda y custodia compartida. Ambos progenitores recurren en casación interesando respectivamente el aumento de la pensión a 600 euros y el establecimiento de la guarda y custodia compartida; el Tribunal Supremo desestima ambos recursos, pero casa la sentencia eliminando el efecto retroactivo de la fijada por la Audiencia al momento de la presentación de la demanda, determinando su efecto desde la resolución de la Audiencia Provincial.

Dos son los aspectos que resultan de interés en la resolución seleccionada para comentar: el primero, el referido a la guarda y custodia que el Alto Tribunal confirma que debe ser para la madre, y el otro es el referido a la determinación del efecto de la pensión fijada.

Respecto de la guarda y custodia, y en relación con la decisión final que se fija, la sentencia acoge el criterio de la Audiencia con base en dos puntos fundamentales que protegen el interés de la menor:

1. Dada su corta edad.
2. Que descansa en la evaluación objetiva e imparcial emitida por el equipo técnico psicosocial adscrito al juzgado.

Lo relevante, dice, para confirmar el régimen de custodia materno, es la conveniencia de un régimen paulatino que normalice las visitas y estancias de la menor con su padre con pernocta solo los fines de semana, que hasta hace muy poco, no disfrutaba. El padre no disfrutaba de pernocta debido al régimen de visitas progresivo fijado en el auto de medidas provisionales. Ambos progenitores habían sido calificados satisfactoriamente.

Sin embargo, sí se tienen en cuenta los datos existentes, la corta edad de la menor (inicialmente en período de lactancia), la existencia de un régimen de vistas, aunque progresivo, existente desde el auto de medidas de 2014; parece un poco excesivo determinar de manera exclusiva la guarda y custodia para la madre. Piénsese que la resolución del Supremo es de enero de 2019, ya han pasado cinco años o poco menos desde la decisión inicial en el auto de medidas, y continúa el régimen de guarda y custodia exclusiva para la madre. (Ello, claro está, sin perjuicio de las modificaciones que pueda revisarse a la luz de nuevas pruebas e informes psicosociales).

Teniendo en consideración la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y lógicamente las peculiaridades de cada caso, este tipo de situaciones han supuesto, en casos aparentemente similares, decisiones diferentes.

En primer lugar, la STS de 30 de diciembre de 2015, rec. núm. 183/2015, que establece que:

En primer lugar, la sentencia no concreta el interés del menor que va a quedar afectado por la medida tomada, en la forma que esta Sala ha señalado con reiteración, a partir de la citada sentencia. La sentencia recurrida petrifica la situación del menor, en razón a su escasa edad, pese a lo cual establece un amplio régimen de visitas, impidiendo la normalización de relaciones con ambos progenitores con los que, a partir de un sistema de guarda y custodia compartida crecerá en igualdad de condiciones, matizada lógicamente por la ruptura matrimonial de sus padres.

La adaptación del menor al régimen establecido por una previa resolución de medidas provisionales no solo no es especialmente significativa, dada su edad, sino que puede ser perjudicial en el sentido de que impide avanzar en las relaciones con el padre a partir de una medida que esta Sala ha considerado normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, de una forma responsable. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (SSTS de 19 de julio de 2013, 2 de julio de 2014 y 9 de septiembre de 2015).

En segundo lugar, se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modifica-

ción del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel (SSTS de 19 de julio de 2013, 2 de julio de 2014 y 9 de septiembre de 2015).

En tercer lugar, las sentencias de 11 de marzo de 2010 y 7 de julio de 2011 rechazaron el criterio de la «deslocalización» de los niños para no aplicar la guarda y custodia compartida, por ser los cambios de domicilio una consecuencia inherente a este tipo de guarda, que hay que decidir precisamente cuando los padres han acordado no vivir juntos.

Con el sistema de custodia compartida, dicen las sentencias de 25 de noviembre 2013, 9 de septiembre y 17 de noviembre de 2015, entre otras:

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

En definitiva, se infringe el artículo 92 del Código Civil y jurisprudencia que lo desarrolla, pues el interés del menor no ha quedado adecuadamente salvaguardado en una resolución que no ha tenido en cuenta los parámetros reiteradamente establecidos por esta sala, y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

En este sentido debe mencionarse la Sentencia del Alto Tribunal de 17 de enero de 2018, rec. núm. 1447/2017, que dice que:

Es doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el juez *a quo* ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 de octubre, 469/2011, de 7 de julio, 641/2011, de 27 de septiembre, 154/2012, de 9 de marzo, 579/2011, de 22 de julio, 578/2011, de 21 de julio, 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este» (STS de 27 de abril

de 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

Y añade:

La búsqueda del enfrentamiento personal entre ambos cónyuges no puede ser en sí misma causa de denegación del sistema de guarda compartida, en cuanto perjudica el interés del menor que precisa de la atención y cuidado de ambos progenitores; sistema que, como ha recordado esta Sala, a partir de la Sentencia 257/2013, debe ser el normal y deseable. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (Sentencia 368/2014, de 2 de julio).

Y la STS de 11 de febrero de 2016, rec. núm. 891/2015, expone que:

Es doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92.5, 6 y 7 del Código Civil 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. La redacción del artículo 92 del Código Civil no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

La resolución del Supremo parte, como no puede ser de otra manera, de la prueba practicada en la instancia, y con base en ella ratifica en este punto la dictada previamente, pero sí considero, de conformidad con la doctrina, que estaríamos en presencia de un caso en el que la guarda y custodia compartida podría haber sido aplicada desde el principio, o al menos haber establecido mecanismos más rápidos que permitieran articularla en interés del hijo menor, que es interés que debe prevalecer.

En relación con la cuestión de la pensión de alimentos, debe mencionarse la STS de 20 de julio de 2017 que dice que es doctrina reiterada de esta sala que:

Cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente (sentencias de 3 de octubre de 2008, 26 de marzo de 2014 y 25 de octubre de 2016).

Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del Código Civil establece que los «los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo», y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en esta», razones que llevan a la sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las dictadas anteriormente.

Debe mencionarse la STS 389/2015, de 23 de junio, que dice:

Esta Sala ha tenido ocasión de fijar doctrina jurisprudencial en interés casacional en las sentencias de 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014. Según esta doctrina, no cabe confundir dos supuestos distintos: aquel en que la pensión se instaure por primera vez y aquel en el que existe una pensión alimenticia ya declarada (y, por tanto, que ha venido siendo percibida por los hijos menores) y lo que se discute es la modificación de la cuantía.

En el primer caso debe estarse a la doctrina sentada en sentencias de 14 de junio de 2011, 26 de octubre de 2011 y 4 de diciembre de 2013, según la cual «debe aplicarse a la reclamación de alimentos por hijos menores de edad en situaciones de crisis del matrimonio o de la pareja no casada la regla contenida en el artículo 148.1 del Código Civil, de modo que, en caso de reclamación judicial, dichos alimentos deben prestarse por el progenitor deudor desde el momento de la interposición de la demanda».

En el segundo caso, esto es, cuando lo que se cuestiona es la eficacia de una alteración de la cuantía de la pensión alimenticia ya declarada con anterioridad, bien por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, la respuesta se encuentra en la propia STS de 26 de marzo de 2014, que, tras analizar la jurisprudencia aplicable, fija como doctrina en interés casacional que «cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde

la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente». Esta doctrina ha sido reiterada por las STS de 4 de abril de 2018.

Por tanto, la jurisprudencia, sin perjuicio de estar a los casos particulares para evitar situaciones injustas que den lugar a un doble pago, considera que solo la primera resolución que fije alimentos podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, pero determinada esa extensión, las sentencias que modifiquen la pensión anteriormente establecida por resolución judicial no podrán exigir el pago desde la presentación de la demanda.