

Roj: **STS 524/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:524**Id Cendoj: **28079110012016100073**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/02/2016**Nº de Recurso: **286/2015**Nº de Resolución: **89/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP M 17814/2014,**  
**STS 524/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio n.º 75/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Torrelaguna, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Franco, representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Genma Piriz Chacón; siendo parte recurrida doña Luz, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Luisa Mora Villarubia. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La procuradora doña Ana Teresa Mateos Martín, en nombre y representación de doña Luz, interpuso demanda de divorcio, contra don Franco y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en la que contengan los siguientes pronunciamientos:

- «1. Divorcio de los cónyuges.
2. Patria potestad compartida sobre su hija menor.
3. Guarda y custodia a favor de la madre.
4. Atribución al menor del domicilio familiar sito en la c/ CALLE000 n° NUM002 de El Espartal El Vellón (Madrid) para que viva en el mismo con el progenitor custodio.
5. Pensión de alimentos con cargo al padre en la cantidad de 1.000 euros mensuales, actualizables anualmente con arreglo al IPC general conjunto nacional a fecha de sentencia.
6. Los gastos extraordinarios se abonarán al 3/4 el padre y a la madre
7. Derecho de visitas del progenitor no custodio en los términos expuestos en la demanda atribución del uso del vehículo M- 1417-V a favor de la esposa.
8. Obligación de legalizar la vivienda conyugal por parte del demandado en os términos solicitados en la demanda.
10. Expresa imposición de costas a la demandada».



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.

**SEGUNDO.-** La procuradora doña Gemma Piriz Chacón, en nombre y representación de don Franco , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«además de declarar la extinción del vínculo matrimonial que liga a las partes acuerde como medidas definitivas las siguientes:

- 1.-Patria potestad de la niña común del matrimonio compartida por ambos progenitores.
- 2.- Guarda y custodia a favor del padre.
- 3.- Pensión de alimentos a cargo de la madre por importe de 250 euros mensuales, que deberá abonar una vez tenga recursos suficientes para ello.
- 4.- El padre podrá establecerse libremente con la niña en cualquier otra vivienda del municipio, si se viera obligado a desocupar la vivienda sita en la CALLE000 , número NUM000 , debido a la situación irregular en que se encuentra la misma.
- 5.- Régimen de visitas a favor de la madre en los términos expuestos en el apartado sexto de los hechos de este escrito, así como las vacaciones.
- 6.- Pagos de gastos extraordinarios, en caso de que se produzcan, al 50% para cada progenitor.
- 7.- La prohibición de salida de la niña del territorio nacional sin autorización expresa, previa y por escrito de ambos progenitores, o subsidiariamente sin autorización judicial previa, y hasta que la misma cumpla la mayoría de edad.
- 8.- La prohibición de cualquier cambio de domicilio de la menor fuera del termino municipal de El Vellón, sin autorización previa y por escrito de ambos progenitores, o subsidiariamente sin autorización judicial previa, y hasta que la misma cumpla la mayoría de edad.
- 9 - Se impongan expresamente las costas a la demandante».

**TERCERO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Torrelaguna, dictó sentencia con fecha 24 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue fallo:

«Que estimando en lo justo la demanda formulada por la Procuradora sra Mateos Martín en nombre y representación de Luz contra la parte demandada Franco debo declarar y declaro la DISOLUCIÓN POR CAUSA DE DIVORCIO del matrimonio formado por Luz y Franco celebrado en la localidad de El Vellón (Madrid) en fecha 10 de septiembre de 2005 con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y acordar las siguientes medidas sin hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas:

La patria potestad se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente.

No obstante durante el presente curso escolar y el próximo la madre queda autorizada para, unilateralmente, poder solicitar a la administración competente el cambio de centro escolar de la menor dentro de la Comunidad de Madrid.

La madre deberá informar al padre sobre dicha solicitud y su resultado, así como sobre todo cambio de domicilio de la menor.

Asimismo el padre informará a la madre respecto cualquier cambio en el lugar de desarrollo de las visitas.

2.- Se atribuye la guarda y custodia de la menor a la madre y se fija un régimen de visitas a favor del padre de dos tardes intersemanales, que a falta de acuerdo, serán las de los martes y los jueves, desde la salida del colegio hasta las 20;00 horas y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20;00 horas. El padre recogerá a la niña en la parada del autobús escolar o en el centro escolar y la reintegrará en el domicilio de la madre.

Respecto a las vacaciones escolares el régimen será el siguiente:

-vacaciones escolares de semana santa y navidad, por mitad entre progenitores, eligiendo a falta de acuerdo, la madre los años pares y el padre los impares.

-vacaciones escolares de verano, se dividen de la siguiente forma: -los meses de julio y agosto la menor pasará una quincena con cada progenitor, eligiendo a falta de acuerdo la madre los años pares y el padre los impares.



-los días de los meses de junio y septiembre que la menor no tenga colegio, los pasará en junio con un progenitor y en septiembre con el otro, eligiendo igualmente a falta de acuerdo, la madre los años pares y el padre los impares.

No obstante lo anterior, respecto las visitas entre semana y siempre que el domicilio de la menor y el paterno se encuentren a más de 30 kilómetros de distancia el padre podrá dejar de acudir a las mismas preavisando a la madre con un mínimo de 48 horas.

3.- En relación con la pensión de alimentos de la hija común, se fija en 600 euros mensuales, que se abonarán por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que designe la madre; cantidad que será actualizada anualmente, sin necesidad de nuevo pronunciamiento judicial al respecto, conforme al incremento del Índice de Precios al Consumo emitido por el Instituto Nacional de Estadística. Los gastos extraordinarios de la menor, se sufragarán por ambos progenitores por partes iguales, previo consentimiento de cada progenitor, excepto en los casos de los gastos extraordinarios referentes a la salud del menor que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguro médico; profesores de apoyo en asignaturas suspendidas ;y otros supuestos análogos a los anteriores, ya que en dichos casos los gastos serán satisfechos por mitad por cada progenitor previa acreditación de su importe, y por lo tanto, no supeditados a la prestación de consentimiento.

Además en caso de gastos médicos cualquiera de los padres que no disponga los medios económicos suficientes podrá exigir al otro el pago adelantado de hasta el 100 por cien de dicha cantidad, sin perjuicio de su posterior reembolso la parte que exceda del 50% fijado.

4- La salida de la menor María Dolores del territorio nacional requerirá el consentimiento previo de ambos progenitores o en su defecto autorización judicial. Dese cuenta de lo anterior a la Administración competente. Como garantía de abono de las prestaciones dinerarias aquí establecidas, en caso de incumplimiento del obligado al pago, se adoptarán las medidas de aseguramiento pertinentes, así como en caso de incumplimiento de cualquier otra medida de las aquí dispuestas. Todo lo anterior sin hacer pronunciamiento alguno respecto a las costas procesales y desestimando las restantes peticiones de las partes».

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don. Franco . La Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue fallo:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procurador doña María Genma Piriz Chacón, en nombre y representación de don Franco , contra la sentencia dictada en fecha 24 de octubre de 2013, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Torrelaguna , en autos de Divorcio nº 75/12, seguidos a instancia de Doña Luz contra el citado, debemos confirmar y confirmamos la resolución apelada, sin hacer declaración sobre condena en las costas del recurso. Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal, conforme a la Ley 1/09 de 30 de noviembre, disposición Adicional 15ª punto 8 , désele el destino legal».

**TERCERO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Franco con apoyo en los siguientes: Motivos : Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469. 1. 4º de la LEC , por vulneración del artículo 24.1. de la CE al incurrir en error patente o, bien en irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba practicada en autos y relativa a la fijación de la pensión de alimentos, puesto que resulta absolutamente desproporcionada e imposible de pagar pon don Franco . Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4. de la LEC , por vulneración del artículo 24.1. de la CE , al incurrir en error patente, irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba relativa a que la fijación de la pensión de alimentos a favor de la niña debe hacerse con arreglo a la capacidad económica del alimentante. Tercero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4 de la LEC , por vulneración del artículo 24.1. de la CE , al incurrir en error patente, irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba relativa a que la fijación de la pensión de alimentos a favor de la niña debe hacerse con arreglo a la capacidad económica del alimentante. Y todo ello relativo a la actividad del taxi. Cuarto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.4 de la LEC , vulneración del artículo 24.1 de la CE , al incurrir en error patente, irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la Prueba relativa al estado en que se encuentra la niña con su madre, estableciendo en los Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero hechos probados contradictorios y claramente excluyentes, por un mero voluntarismo y sin razón alguna para ello. Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2, se denuncia vulneración de lo dispuesto en el artículo 218.1 de la LEC , por haberse excluido del proceso de fundamentación de la sentencia (Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia) hechos relevantes para la resolución de las pretensiones de las partes, en relación con la fijación de la cuantía de la pensión de alimentos.

Igualmente se interpuso recurso de casación con apoyo en el siguiente : Motivo Unico.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.1 y 477.2.3º, se denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 92 y 159 del



Código Civil y de la jurisprudencia existente en relación con la atribución de la guarda y custodia de la hija al padre, por resultar más conveniente para la niña volver a residir en El Espartal junto con su padre, dada la decisiva diferencia existente actualmente entre ambas viviendas y el hecho de que en la vivienda de Madrid, en la que trabaja la madre, tan solo dispone de una habitación para ella.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 10 de junio de 2015, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.-Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña M<sup>a</sup> Luisa Mora Villarrubia, en nombre y representación de doña Luz presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de enero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Don Franco ha formulado un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia que atribuye a la madre la custodia de la hija común, María Dolores, nacida el día NUM001 de 2008, y fija en 600 euros mensuales los alimentos en favor de la misma.

El recurso de infracción procesal consta de cinco motivos, aunque se enumeran seis. Todos ellos, salvo el quinto, tienen que ver con la fijación de la pensión de alimentos a favor de la niña. Ocurre que el recurso de casación cuestiona, en un único motivo, la decisión de Juzgado y de la Audiencia Provincial de conceder a la esposa la guarda y custodia exclusiva de la hija a su madre, solicitando que se le atribuya a él, por ser lo más conveniente para ella volver a residir en el lugar en que lo hace su padre, dada la decisiva diferencia existente entre la vivienda en que el reside y la que habita la madre en Madrid, que tan solo dispone de una habitación.

Esta formulación de ambos recursos tiene indudable incidencia en el de infracción procesal en el que, salvo el motivo referido a la errónea valoración de la prueba sobre el estado en que se encuentra la niña, ninguno tiene adecuada correspondencia en el recurso de casación, lo que hace inadmisibles su formulación pues la mera existencia de infracciones procesales no ampara que pueda interponerse contra dicha sentencia el recurso extraordinario por infracción procesal sin formular de forma conjunta recurso de casación por la deuda alimenticia, alegando la existencia de interés casacional en alguno de los tres aspectos contemplados en el artículo 483. 2. 3º LEC.

### Recurso extraordinario por infracción procesal.

**SEGUNDO.**- El motivo que se analiza se formula por irrazonabilidad o arbitrariedad en relación con la valoración de la prueba relativa al estado en que se encuentra la niña con su madre, estableciendo hechos probados contradictorios y excluyentes, por un mero voluntarismo.

Se desestima.

Lo que dice la sentencia es que la menor se encuentra perfectamente adoptada a su entorno actual, materno, en el orden personal, social y escolar, siendo así que el propio padre reconoce que la niña está muy bien con la madre. Y la contradicción que denuncia no es tal pues se refiere a aspectos distintos de esta relación, como el de las condiciones en que la madre de la menor ocupa la vivienda.

### Recurso de casación.

**TERCERO.**- Se formula un único motivo por infracción de lo dispuesto en los artículos 92 y 159 del Código Civil y de la jurisprudencia existente sobre relación a la guarda y custodia de la hija al padre, por resultar más conveniente para la niña volver a residir en El Espartal junto con su padre, dada la decisiva diferencia existente entre ambas viviendas y el hecho de que en la vivienda que tiene en Madrid, en la que trabaja la madre, tan solo dispone de una habitación para ella.

Se desestima.

Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre ( SSTS 579/2011, de 22 julio ; 578/2011, de 21 julio ,



641/2011, de 27 septiembre , 167/2015, de 18 de marzo , 446/2015, de 16 de julio , entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, como pretende la parte recurrente, para dar un sentido distinto al interés de la hija del matrimonio.

Pues bien, esta circunstancia no se da en este supuesto en el que interés de la niña por el padre se valora exclusivamente desde la mejor ubicación en su vivienda y la ayuda de los abuelos, siendo así que la sentencia ha valorado correctamente la prueba practicada en la instancia, ha tenido en consideración el resultado del informe pericial que se ha practicado y ha señalado que la madre responde de forma positiva a las funciones de guarda y custodia, como reconoce el propio recurrente, en lo que se refiere al seguimiento escolar, pediátrico, higiene, alimentación, vestido, ocio, etc, por lo que, como dice la sentencia, no es suficiente presentar la alternativa sobre custodia paterna basada en la presencia de los abuelos paternos, puesto que el padre prefiere vivir con aquellos en la vivienda de los mismos.

**CUARTO.-** Se desestiman ambos recursos, y se imponen las costas a la recurrente, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

### FALLAMOS

1º.- Desestimar los recursos formulados por Don Franco contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 22- de fecha 12 de diciembre de 2014 , con expresa imposición de las costas a la recurrente.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de la Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz . Fernando Pantaleon Prieto. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.