



Roj: **STS 5537/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5537**

Id Cendoj: **28079110012016100712**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2016**

Nº de Recurso: **1838/2015**

Nº de Resolución: **751/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 536/2015,**
STS 5537/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 22 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de marzo de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 561/2014, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 318/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gernica; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Brigida , representado por el procurador D. Itxaso Esesumaga Arrola, bajo la dirección letrada de Dña. Ana Sáenz-Cortabarría Fernández, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. María Jesús Gutiérrez Aceves en calidad de recurrente, y en calidad de recurrido se persona D. Alfonso , representado por el procurador D. Rafael Gamarra Mejías bajo la dirección letrada de Dña. Ana Sofía Llamazares Medrano, y con intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Alfonso , representado por la procuradora Dña. Miren Maite Albizu Orbe y asistido de la letrada Dña. Idoia Olaguenaga Martínez, interpuso demanda de juicio de divorcio contra Dña. Brigida y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que acuerde:

»El divorcio de los cónyuges y la adopción de las siguientes medidas:

»- Revocación de poderes, que se hubieren podido otorgar entre cónyuges.

»- Disolución de la sociedad de gananciales.

»- Ejercicio conjunto de la Patria Potestad.

»- Guarda y Custodia Compartida de la menor, en los términos expresados en el cuerpo de este escrito.

»- Régimen de Visitas según se expresa en el cuerpo de este escrito.

»- Pensión de alimentos para la menor por importe de 200 euros mensuales, que inicialmente abonará Alfonso , en la cuenta que se determine, los días 1 a 5 de cada mes, y que sufrirá las variaciones del IPC,



»Cuando se establezca la custodia compartida por semanas, cada progenitor deberá ingresar esa cuantía en la cuenta que se establezca, para el pago de los gastos de la menor, entendiéndose que cada progenitor cubrirá los gastos de estancia y manutención de la menor, durante el periodo de tiempo que resida en su compañía.

»- Contribución a los gastos extraordinarios de la hija al 50% por cada progenitor.

»- El domicilio de la menor será el de su madre, hasta junio de 2016 en que se establece el sistema de custodia compartida por semanas, sin que el domicilio de la hija pueda fijarse fuera de la provincia de Bizkaia.

»- La modificación de los datos de filiación de la menor, con anteposición del apellido paterno al materno, ya que los datos actuales no han sido consensuados sino impuestos por la demandada.

»Con expresa imposición de las costas a la demandada en caso de oposición. Por ser de Justicia que se pide».

2.- El fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos jurídicos que estimó aplicables solicitando se dicte sentencia:

«Conforme al resultado de la practicada».

3.- La demandada Dña. Brigida contestó a la demanda, actuando en su representación el procurador D. Itxaso Esesumaga Arrola y bajo la dirección letrada de D. Ana Sáenz-Cortabarría Fernández, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«acordando:

»1º.- La disolución por divorcio del matrimonio formado por Doña Brigida y don Alfonso (también puede figurar como Horacio), con todos los efectos inherentes a tal declaración.

»2º.- La disolución del régimen económico matrimonial.

»3º.- La revocación de poderes.

»4º.- Y las siguientes medidas definitivas:

»4.1.- La titularidad compartida del ejercicio de la patria potestad.

»4.2.- La atribución de la guarda y custodia de la hija menor, Magdalena, de 6 meses de edad, a su madre, doña Brigida.

»4.3.- Se establezca como régimen de visitas y comunicación a favor del Sr. Alfonso el siguiente:

»I.- Hasta que la niña cumpla los 4 años:

»El padre podrá visitar a la menor, sin derecho de pernocta, todos los sábados y los domingos de los fines de semana alternos, desde las 12 horas hasta las 14 horas de cada uno de dichos días y, a partir de que la niña cumpla los 3 años estas visitas podrán ser de 10 a 14 horas.

»Los días de Navidad, año nuevo y Reyes el padre también podrá visitarle, sin derecho de pernocta, desde las 12 horas hasta las 14 horas de cada uno de dichos días.

»Las vacaciones de verano: Se repartirán por quincenas los meses de julio y agosto, sin que se pueda elegir dos quincenas seguidas de tal forma que hagan un mes, y en defecto de acuerdo, los años pares elige la madre y los impares el padre. En las quincenas que le corresponda al padre éste podrá visitar a su hija, sin derecho de pernocta, todas las tardes de 17 horas a 19 horas.

»Durante el periodo vacacional que le corresponde a la madre queda en suspenso el régimen de visitas establecido a favor del progenitor no custodio, la reanudación de las visitas se hará siguiendo la alternancia correspondiente.

»II.- Desde que la niña cumpla los 4 años hasta los 5 años.

»El padre podrá visitarle y tener a la menor en su compañía, sin derecho de pernocta, todos los sábados y los domingos de los fines de semana alternos, desde las 10 horas hasta las 18 horas de cada uno de dichos días.

»Las vacaciones de Navidad se distribuirán en dos períodos:

»- El primer período comprende desde el día en que la menor tenga vacaciones a la salida del colegio hasta el día 31 de diciembre.

»- Y el segundo período desde el 31 de diciembre hasta el día anterior al que la menor inicie sus clases.



»En defecto de acuerdo, los años impares corresponderá a la madre el primer periodo y los pares al padre. En el período de Navidad que corresponda al padre tener a su hija en su compañía éste la podrá tener todos los días, sin pernocta, desde las 10 de la mañana hasta las 18 horas.

»Las vacaciones de Semana Santa: se disfrutaran de forma íntegra y alternativa por cada uno de los progenitores correspondiendo a la madre tener a la menor los años impares y los pares al padre. Cuando le toque al padre disfrutar de la compañía de su hija podrá tenerla todos los días, sin pernocta, desde las 10 horas hasta las 18 horas.

»Las vacaciones de verano: Se repartirán por quincenas los meses de julio y agosto, sin que se pueda elegir dos quincenas seguidas de tal forma que hagan un mes, y en defecto de acuerdo, los años pares elige la madre y los impares el padre. En las quincenas elegidas por el padre éste podrá tener a la menor en su compañía todos los días, sin pernocta, desde las 10 de la mañana hasta las 18 horas.

»Durante el periodo vacacional que le corresponde a la madre queda en suspenso el régimen de visitas establecido a favor del progenitor no custodio, la reanudación de las visitas se hará siguiendo la alternancia correspondiente.

»En todo caso las entregas y recogidas cuando no se efectúen en el centro escolar al que la menor acuda se llevarán a efecto en el domicilio de la madre.

»III.- Desde los 5 a los 6 años

»A los efectos de preparar a la menor para el inicio de las estancias nocturnas con su padre, y con el objeto de que ello no sea traumático para la menor e introducirlas de manera gradual, el padre podrá visitarle y tener a la menor en su compañía, con derecho de pernocta, los fines semana alternos, desde el sábado a las 11 horas hasta el domingo a las 19 horas.

»Las vacaciones de Navidad se distribuirán en dos períodos:

»- El primer período comprende desde el día en que la menor tenga vacaciones a la salida del colegio hasta las 12 horas del día 31 de Diciembre

»- Y el segundo período se extiende desde las 12 horas del 31 de Diciembre hasta el día anterior al que la menor inicie sus clases.

»En defecto de acuerdo, los años impares corresponde a la madre el primer periodo y los pares al padre. Ahora bien, en el período de Navidad que corresponda tener al padre a la niña en su compañía, la madre tendrá derecho de visitas los martes y jueves de 17 a las 19 horas, debiendo ser ella la que recoja y reintegre a la niña en el domicilio paterno.

»Las vacaciones de Semana Santa: se disfrutarán de forma íntegra y alternativa por cada uno de los progenitores correspondiendo a la madre tener a la menor los años impares y los pares al padre.

»Las vacaciones de Verano: Se repartirán por quincenas los meses de julio y agosto, sin que se pueda elegir dos quincenas seguidas de tal forma que hagan un mes, y en defecto de acuerdo, los años pares elige la madre y los impares el padre.

»Las quincenas elegidas por el padre, la madre podrá tener a su hija en su compañía los martes y jueves desde las 17 horas hasta las 19 horas, debiendo recogerla y reintegrarla en el domicilio paterno.

»Durante el periodo vacacional que le corresponde a la madre queda en suspenso el régimen de visitas establecido a favor del progenitor no custodio, la reanudación de las visitas se hará siguiendo la alternancia correspondiente.

»En todo caso las entregas y recogidas cuando no se efectúen en el centro escolar al que la menor acuda se llevarán a efecto en el domicilio de la madre.

»V.- Una vez que la niña cumpla los 6 años

»El padre tendrá derecho a estar con la menor los fines de semana alternos desde los viernes a la salida del centro escolar, o clase extraescolar que realice, hasta las 19,30 horas del domingo.

»Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana o unido a éste por un puente reconocido por el centro donde curse los estudios la menor, se considerará este período agregado al fin de semana, y en su consecuencia corresponderá al progenitor a quien dicho fin de semana le tocara tener en su compañía a la hija.

»b).- Cuando el día del padre y el de la madre y sus respectivos cumpleaños coincidieran en un día del fin de semana, la menor lo pasará con el progenitor respectivo aún cuando coincida con día de visitas del padre. En



este último caso, la madre deberá recoger y reintegrar a la niña en el lugar en que se halle con su padre. En los supuestos que aquí se contemplan el respectivo progenitor podrá tener a la niña en su compañía desde las 12.00 horas hasta las 18.00 horas.

»En caso de que el día del padre o el cumpleaños de éste coincidiera en un día entre semana, podrá tener a la niña en su compañía desde la salida del colegio o, en su caso, de la actividad extraescolar que la menor realice hasta las 19.30 horas.

»c).- El día del cumpleaños de la menor ambos progenitores acuerdan que disfrutarán conjuntamente con la hija de dicha celebración. Para el caso de que alguno de ellos no deseara la celebración conjunta y el cumpleaños coincidiera en fin de semana, el progenitor a quien no le corresponda la custodia podrá estar con la niña desde las 12.00 horas hasta las 18.00 horas, y ello aún cuando coincida con día de visitas del padre pero, en este último caso, la madre deberá recoger y reintegrar a la niña en el lugar en que se halle con su padre. En caso de que el cumpleaños coincidiera en día entre semana, el padre podrá tener a la niña en su compañía desde la salida del colegio o, en su caso, de la actividad extraescolar que la menor realice, hasta las 19.30 horas,

»d).- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos:

»*. - el primero comprende desde el día en que la menor tenga las vacaciones a la salida del colegio hasta las 12.00 horas del día 31 de diciembre.

»*. - y el segundo comprende desde las 12.00 horas del 31 de diciembre hasta las 19,30 horas del día anterior al que la menor inicie las clases.

»En defecto de acuerdo, los años impares corresponderá a la madre el primer periodo, y al padre los pares.

»e).- Las vacaciones de Semana Santa se disfrutarán de forma íntegra y alternativa por cada uno de los progenitores correspondiendo a la madre tener a la menor los años impares y los pares al padre.

»f).- Las vacaciones de verano.

»f.1).- Hasta que la menor cumpla 10 años se repartirán por quincenas los meses de Julio y Agosto, sin que se pueda elegir dos quincenas seguidas de tal forma que hagan un mes, y en defecto de acuerdo, los años pares elige la madre y los impares el padre.

»f.2).- Desde los 10 años, se dividirán en dos periodos:

»*. - El primer periodo comprendido desde las 10.00 horas del 1 de Julio a las 10.00 horas del 1 de Agosto.

»*. - El segundo periodo comprenderá desde las 10.00 horas del 1 de Agosto a las 10.00 horas del 1 de Septiembre.

»Eligiendo, en defecto de acuerdo, los años pares la madre y los impares el padre.

»Dada la conflictividad existente en este caso y sobre todo, dadas las circunstancias personales que concurren en el Sr. Alfonso , solicitamos que las visitas se realicen bajo la supervisión y control del punto de encuentro familiar más cercano al domicilio de la menor. En este sentido, los especialistas de dicho centro deberán remitir, trimestralmente, al juzgado informe sobre la evolución y desarrollo de dichas visitas. Semestralmente, y previo informe del gabinete psicossocial adscrito a este juzgado, se procederá a analizar la conveniencia, o no, de ir suprimiendo, paulatinamente, el control y supervisión del punto de encuentro familiar de tal forma que las visitas puedan desarrollarse fuera del mismo.

»h).- Durante los períodos vacacionales queda en suspenso el régimen de visitas establecido a favor del progenitor no custodio; la reanudación de las visitas se hará siguiendo la alternancia correspondiente.

»i).- Asimismo, ambos progenitores facilitarán la comunicación del hijo con el otro progenitor en los periodos vacacionales referidos, pudiendo comunicar con éstos diariamente de forma telefónica, epistolar, electrónica o audiovisual, derecho que deberá ejercitarse con buena fe y con pleno respeto a los hábitos y horarios de la menor, actividad escolar y los derechos del otro progenitor, no realizándose llamadas telefónicas más tarde de las 21.00 horas en invierno y 21.30 horas en verano.

»j).- Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los períodos vacacionales el lugar donde se encuentren con la hija, dirección y teléfono.

»k).- Ambos progenitores convienen en que no podrán trasladarse fuera del territorio nacional en compañía de la menor sin consentimiento expreso del otro progenitor, o en su defecto, de autorización judicial.

»l).- En todo caso las entregas y las recogidas cuando no se efectúen en el centro escolar al que la menor acude se llevarán a cabo en el domicilio de la madre.



»4.4.- La atribución del uso y disfrute de la vivienda que constituyó el domicilio familiar así como el ajuar familiar, sita en Munguia, (C/ DIRECCION000 n° NUM000 , NUM001 NUM002) a doña Brigida y a su hija Magdalena .

»4.5.- Se establezca una pensión de alimentos a cargo del Sr. Alfonso y a favor de su hija de 593.-? que deberá ingresar en la cuenta corriente al efecto designada, dentro de los cinco primeros días de cada mes y que se actualizará desde el uno de enero de cada año, en proporción a las variaciones que experimenten los índices de precios al consumo según el instituto Nacional de Estadística u organismo que el sustituya.

»Igualmente, se establezca que la contribución a los gastos extraordinarios será del 50% por parte de ambos progenitores.

»Y cuanto demás proceda en derecho, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante, y una vez firme se inscriba la citada resolución en el Registro Civil correspondiente, pues es así de hacer en Justicia que pido».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Guernica se dictó sentencia, con fecha 5 de mayo de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el sr. Horacio , debo acordar y acuerdo la disolución por divorcio del matrimonio formado por D. Horacio y Dña. Brigida , que consta inscrito en el registro de Maruri-Jatabe, celebrado el día 30/04/2011, con todos los efectos legales inherentes a tal disolución.

»Debo acordar y acuerdo establecer las siguientes medidas paternofiliales:

»La menor Magdalena estará bajo la patria potestad de ambos progenitores y bajo la custodia de la madre.

»El régimen de visitas se ejercerá conforme al siguiente calendario:

»Hasta que cumpla dos años el Sr. Alfonso podrá estar con su hija menor tres días semanales que, a falta de acuerdo, serán los martes y jueves y sábados de 17,30 a 20,00 horas. En todo caso las recogidas y entregas se harán en el domicilio de la madre y menor.

»A partir de los dos años de edad, el Sr. Alfonso ampliará su régimen de visitas, y podrá estar, además de los martes y jueves en el mismo horario, los sábados desde las 10 de la mañana hasta las 20,00 horas. En todo caso las recogidas y entregas se harán en el domicilio de la madre y menor.

»A partir de la escolarización de la menor, el régimen de visitas se ampliara, pasando el Sr. Alfonso con su hija menor, los martes y jueves desde la salida del centro escolar hasta el día siguiente, que la entregará de nuevo en el centro escolar.

»Así mismo, podrá estar con su hija fines de semana alternos, desde la salida del centro escolar los viernes hasta el lunes que la reintegrará en el mismo.

»Asimismo la menor a partir de los cinco años de edad estará con su progenitor durante las vacaciones escolares conforme al siguiente régimen.

»Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos periodos, el primer periodo abarcará desde el último día de lectivos hasta las 12 horas del día 31 de diciembre y, el segundo periodo, abarcara desde las 12 horas del día 31 de diciembre hasta el regreso al centro escolar. En defecto de acuerdo la menor pasará la primera parte de las vacaciones con el padre y la segunda con la madre, en los años pares, y se invertirá el orden en los años impares.

»Las vacaciones de Semana Santa se dividirán por mitad, en defecto de acuerdo la menor pasará la primera parte de las vacaciones con el padre y la segunda con la madre, en los años pares, y se invertirá el orden en los años impares.

»Las vacaciones escolares de julio y agosto se dividen en cuatro períodos iguales, que se disfrutarán de forma alterna por los progenitores, eligiendo en defecto de acuerdo el padre los años pares y la madre los años impares.

»Los días no lectivos que discurran entre la finalización del curso escolar en junio hasta el 1 de julio y los que transcurran desde el 1 de septiembre hasta el inicio del curso escolar se pasarán cada uno con un progenitor, y, en defecto de acuerdo, la menor pasará los días de junio con el padre y los de septiembre con la madre, en los años pares, y se invertirá el orden en los años impares.



»El día del cumpleaños de la menor, tendrá derecho el progenitor al que no corresponda conforme este régimen pasar con ella el día, estar en su compañía una hora en defecto de acuerdo será de cinco a seis de la tarde.

»Se establece una pensión alimenticia de 200 euros mensuales a favor de la menor y a cargo del progenitor no custodio, que se ingresara en la cuenta que la Sra. Brigida designe a tal efecto.

»El abono de la pensión alimenticia se realizará las doce mensualidades anuales y se ingresara en los cinco primeros días del mes. El importe se actualizará anualmente conforme al IPC establecido por el INE o el organismo que lo sustituya. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad.

»Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en relación a las costas procesales.

»Firme esta resolución dese comunicación de la misma al Registro Civil de Maruri-Jatabe para su inscripción».

Y con fecha 29 de mayo de 2014 se dictó auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

«Se acuerda aclarar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 8/5/2014 en el sentido que se indicado en el fundamento de derecho segundo de esta resolución».

Y consta como fundamento de derecho segundo:

«En el presente caso procede aclarar la sentencia indicando que:

»La escolarización de la menor se inicia cuando esta acaba la guardería, con escolarización se viene a indicar que la menor acudirá a un centro con un horario definido. Puede iniciarse con tres años o con cuatro, no significa escolarización obligatoria. Los padres en el ejercicio de la patria potestad, deberán decidir, conjuntamente, cuando ha de acudir la menor al colegio.

»A falta de acuerdo y al objeto de no privar a la menor de las visitas con su padre durante los meses de verano, habiendo insistido la demandada en dilatar hasta la escolarización la pernocta del menor con su padre, durante los meses de verano, se deberá continuar con el régimen de visitas establecido, salvo mejor acuerdo de los progenitores. Los horarios de recogida de la menor se mantienen durante los festivos escolares, entendiéndose que la salida del centro escolar tiene lugar a las cinco, esa será la hora en que la podrá recoger, en este caso de su domicilio.

»En cuanto a que la menor pueda ser recogida por terceras personas, esa es una prerrogativa de cada progenitor, que pueden delegar en quienes estimen oportuno el cuidado de su hijo, sin que sea necesario hacer una previsión expresa en sentencia».

Y solicitándose nueva aclaración se dictó providencia de fecha 7 de julio de 2014 con el siguiente contenido:

«Dada cuenta del escrito solicitando nueva aclaración de sentencia de fecha 06/06/2014, se acuerda no ha lugar a la misma. La solicitud es extemporánea y debiera haberse realizado conjuntamente con la anterior, las sentencias de familia no pueden contener toda la casuística que la vida conlleva, con lo que la interpretación deben hacerla los progenitores siempre en beneficio de la menor».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada e impugnada la sentencia por la parte demandante, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya dictó sentencia, con fecha 2 de marzo de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

»Estimando el recurso por impugnación articulado por D. Alfonso contra sentencia y auto aclaratorio dictados por el Ilmo. Sr. magistrado juez del Upad de 1ª Instancia e Instrucción núm. 1 de los de Gernika y Lumo en autos de divorcio contencioso núm. 318/2013, de que el presente rollo dimana, debemos revocar y parcialmente revocamos la misma en cuanto a las medidas relativas a la hija matrimonial menor de edad:

»1.- Se establece un sistema de guarda y custodia compartida por el que la menor permanecerá semanas alternas en compañía de su padre y de su madre.

»2.- El progenitor, en la semana que no le corresponda permanecer con la menor, la tendrá en su compañía los miércoles de 18 a 20 horas, a falta de acuerdo distinto entre las partes.

»3.- Cada progenitor contribuirá con la suma de 200 euros mensuales que se ingresará en una cuenta corriente a nombre de la menor y con la que se atenderá a los gastos ordinarios de la misma.

»4.- Los gastos extraordinarios de la menor serán satisfechos por mitad e iguales partes.

»Se desestiman las restantes pretensiones de las partes, confirmando la sentencia recurrida en sus restantes pronunciamientos y sin dictar particular pronunciamiento en las costas de la presente apelación».



Y en fecha 30 de abril de 2015 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva establece:

«Se acuerda aclarar la sentencia dictada en el presente procedimiento con fecha 2-3-2015 en el sentido indicado en el fundamento de derecho anterior».

Y en el fundamento de derecho se señala:

«Segundo.- En el presente caso procede aclarar la sentencia en el sentido de que la contribución de cada progenitor será por importe de 200 euros mensuales».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Brigida se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El extraordinario por infracción procesal basado en lo siguiente:

Primer motivo.- Al amparo de lo prevenido en el art. 469.1.2.º de la LEC, por infracción del art. 217 de la LEC, apartados 1, 2, 3, 6 y 7.

Motivo segundo.- Al amparo de lo prevenido en el art. 469.1.4 de la LEC, por haber incurrido la resolución que se recurre en razonamiento arbitrario e ilógico en la valoración de la prueba con vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 de la Constitución.

Motivo tercero.- Al amparo de lo prevenido en el art. 469.4 de la LEC, por infracción del art. 24.1 de la Constitución. La resolución recurrida incurre en un error patente y notorio en la valoración de la prueba.

Motivo cuarto.- Al amparo de lo prevenido en el art. 469.4 de la LEC. La resolución recurrida incurre en un error notorio o patente en la valoración de la prueba con vulneración del art. 24.1 de la Constitución.

Motivo quinto.- Al amparo de lo prevenido en el art. 469.4 de la LEC, por infracción del art. 24.1 de la Constitución. Existencia de error patente y notorio.

Motivo sexto.- Al amparo de lo prevenido en el art. 469.4 de la LEC. La resolución recurrida incurre en un error notorio o patente en la valoración de la prueba con vulneración del art. 24.1 de la Constitución.

E interpuso recurso de casación basándose en un único motivo:

Motivo único.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC, de conformidad con el punto 3 del mismo, por infracción del art. 92.5, 6 y 7 del Código Civil y se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de la Sala Primera, STS 257/2013 de 29 de abril, STS 619/14 de 30 de octubre, STS 370/2013 de 7 de junio de 2013, STS 515/2015 de 15 de octubre, en interpretación de dicho precepto, en relación al principio del interés de la menor que va a quedar afectada por la medida que se deba tomar y que, en el caso de la guarda y custodia compartida, se acordará cuando concurren los criterios reiterados por el Tribunal Supremo y recogidos como doctrina jurisprudencial en las sentencias citadas.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 13 de julio de 2016, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Rafael Gamarra Mejías, en nombre y representación de D. Alfonso, presentó escrito de oposición al mismo y por su parte el Ministerio Fiscal interesó la casación de la sentencia.

3.- Se admitió la documental aportada por la recurrente en otrosí del recurso de casación e infracción procesal y sobre la que la parte recurrida formuló las alegaciones que estimó pertinentes. La parte recurrida a su vez presentó documental con la oposición al recurso, respecto a la que también la parte recurrente formuló alegaciones así como el Ministerio Fiscal que no varió su informe.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

El ahora recurrido, D. Alfonso, presentó demanda de divorcio en la que, en lo que aquí interesa, solicitaba un régimen de visitas progresivo respecto de la hija menor de edad (nacida el NUM003 -2013), hasta llegar al establecimiento de un régimen de custodia compartida.



La parte demandada, ahora recurrente, se opuso a la adopción del régimen de custodia compartida, alegando la mala relación de los progenitores y la falta de capacidad del progenitor demandante para el cuidado de la hija menor.

El Ministerio Fiscal no se opuso a la custodia compartida, diferenciando dos periodos.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda en cuanto al divorcio, y denegó la custodia compartida estableciendo un régimen de visitas amplio. La sentencia en su fundamento cuarto analiza la situación del demandante, y sostiene que la hija de una relación anterior estuvo bajo la custodia de sus abuelos paternos hasta que el demandante pudo asumir la patria potestad de la misma una vez superados todos los requisitos que le impuso la Diputación Foral de Vizcaya, y que conforme al informe del equipo psicossocial no se aprecia en ninguna de las partes incapacidad para asumir los cuidados que requiere un menor de edad. En cuanto a las relaciones entre los progenitores, aun cuando admite que no sea necesario que exista buena relación entre ellos para acordar la custodia compartida, entiende que sí es un requisito mínimo que exista cierto diálogo entre aquéllos, y en el presente caso, cuando ambos se juntan, y por extensión sus respectivas madres -abuelas del menor-, así como los tíos, lo hacen para discutir y acabar en conatos de agresión.

La sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandada (Dña. Brigida) -ahora recurrente-. El demandante (D. Alfonso) -ahora recurrido- se opuso al recurso de apelación e impugnó la sentencia, manifestando en su escrito de recurso que hacía 12 años aproximadamente había consumido drogas y había estado en tratamiento, consiguiendo su rehabilitación. El Ministerio Fiscal en escrito de fecha 22 de julio de 2014 se opuso a la estimación del recurso.

La Audiencia Provincial de Bizkaia, en sentencia de fecha 2 de marzo de 2015, estimó la impugnación del demandante y revocó parcialmente la sentencia estableciendo un sistema de guarda y custodia compartida por semanas. La Audiencia sostiene que el padre tiene otra hija fruto de una anterior relación que ha permanecido bajo su guarda y custodia desde hace muchos años, desarrollándose con entera normalidad sin que conste acreditado en autos incidente alguno relativo a la misma; y que de lo actuado no resulta suficientemente acreditado que D. Alfonso esté en ese momento en situación de dependencia de sustancias estupefacientes ni en tratamiento por alteraciones psíquicas, ni consta circunstancia alguna -el informe pericial psicológico evacuado en autos no la refleja- que le haga inadecuado para la educación y crianza de su hija menor de edad, como lo ha sido para la guarda y custodia de su otra hija. En lo que a las relaciones entre los progenitores se refiere, sostiene que el mayor obstáculo para el desarrollo de una guarda y custodia compartida reside en sus malas relaciones; sin embargo entiende que esas malas relaciones no nos pueden conducir a denegar una guarda y custodia compartida pues bastaría acudir al expediente y buscar de modo sistemático un enfrentamiento, real o ficticio, con el otro progenitor para impedir el establecimiento de un régimen de custodia que de modo generalizado comienza a implantarse en nuestro derecho de familia como el sistema más general y aconsejable de guarda y custodia. Y concluye afirmando que no concurre en el presente supuesto motivo alguno que impida el establecimiento de una guarda y custodia compartida que, habida cuenta la edad de la menor se establece semanal para que tenga un contacto muy frecuente con los dos progenitores.

Recurso extraordinario por infracción procesal:

- El primer motivo, al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, denuncia la infracción del artículo 217.1, 2, 3, 6 y 7 LEC, en cuanto a los efectos negativos de la falta de prueba de un hecho relevante para la decisión de la medida de custodia.

La parte recurrente sostiene que la sentencia, al afirmar que de todo lo actuado no resulta suficientemente acreditado que D. Alfonso esté en la actualidad en situación de dependencia de sustancias estupefacientes ni en tratamiento por alteraciones psíquicas, vulnera los principios de la carga probatoria del artículo 217 LEC, premiando la inactividad probatoria del actor que se limitó a decir que había superado sus adicciones e inestabilidades emocionales de forma genérica, pese a su mayor facilidad probatoria, atribuyendo las consecuencias desfavorables de tal ausencia probatoria a la parte a la que no corresponde soportarlos -la ahora recurrente-.

- El segundo motivo, al amparo del artículo 469.1.4.º, denuncia la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto la resolución recurrida incurre en razonamiento arbitrario e ilógico en la valoración de la prueba.

La parte sostiene que la sentencia recurrida dice en su fundamento de derecho segundo que no consta circunstancia alguna -el informe pericial psicológico evacuado en autos no lo refleja- que hagan al recurrido inadecuado para la educación y crianza de su hija menor, siendo que de la lectura del informe pericial mencionado sí constan circunstancias que le hacen inadecuado y que le llevaron a recomendar el mantenimiento de la guarda y custodia otorgada a la madre por el auto de medidas provisionales previas,



como son la puntuación paterna obtenida en escala de síndrome clínico de dependencia de sustancias, sin que se hayan aportado al procedimiento informes relativos a tal circunstancia y/o diagnóstico, ni datos sobre profesionales que hayan intervenido en proceso psicoterapéutico, por lo que se desconoce el alcance y situación real con relación al cuadro que pudiera presentar en la actualidad el evaluado.

- El tercer motivo, al amparo del artículo 469.1.4.º, denuncia la infracción del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto la resolución recurrida incurre en un error patente y notorio en la valoración de la prueba.

La parte sostiene que pese a que la sentencia recurrida reconoce que los progenitores mantienen malas relaciones, llega a la conclusión de que éstas no impiden el establecimiento del régimen de custodia compartida, existiendo en autos prueba suficiente que permite constatar que las acreditadas malas relaciones son de tal entidad que, en este caso, impide fijar el régimen de custodia compartida.

- El cuarto motivo, al amparo del artículo 469.1.4.º, denuncia la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, en cuanto la resolución recurrida incurre en un error notorio o patente en la valoración de la prueba.

La parte sostiene que la sentencia recurrida dice en su fundamento de derecho segundo que no consta circunstancia alguna que hagan al recurrido inadecuado para la educación y crianza de su hija menor, siendo que sí existen ciertas circunstancias que le hacen inadecuado para ostentar la guarda y custodia compartida. Señala que tanto del informe psicosocial como del interrogatorio de las partes y de la testifical se deduce que existen circunstancias que hacen al recurrido inadecuado para la educación y crianza de una menor, sin que el recurrido haya acompañado ninguna prueba documental que avale, de forma clara y contundente, la superación de todas las adicciones que reconoció en el acto de la vista.

- El quinto motivo, al amparo del artículo 469.1.4.º, denuncia la infracción del artículo 24.1 de la Constitución, por existencia de error patente y notorio.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia llega a una conclusión contraria a la racionalidad y conculca los más elementales criterios de la lógica al afirmar, en su fundamento de derecho segundo, que la guarda y custodia de la otra hija del recurrido se había venido desarrollando con entera normalidad, cuando la sentencia de primera instancia recoge como hecho probado que la otra hija estuvo bajo la custodia de sus abuelos paternos hasta que el demandante pudo asumir la patria potestad de la misma una vez superados los requisitos que le impuso la Diputación Foral de Bizkaia, y que el recurrido reconoció en el acto de la vista que perdió la custodia de dicha hija en favor de los servicios sociales de la diputación, ejerciendo la guarda mediante la medida de protección de acogimiento familiar, encargándose la abuela de la menor, reconociendo además que tanto él como la niña continuaban viviendo con la abuela paterna.

- El sexto motivo, al amparo del artículo 469.1.4.º, denuncia la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, por existencia de error notorio o patente en la valoración de la prueba.

Entiende la recurrente que es patente y notorio el error que se aprecia en el párrafo quinto del fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, al señalar que no concurre motivo alguno que impida el establecimiento de la guarda y custodia compartida, pues las pruebas obrantes en autos llevan a la conclusión contraria.

Recurso de casación:

- El motivo único se fundamenta en la infracción del artículo 92.5, 6 y 7 CC, y alega como infringida la doctrina contenida en las sentencias 257/2013, de 29 de abril (rec. 2525/2011), 619/2014, de 30 de octubre (rec. 1359/2013), 370/2013, de 7 de junio (rec. 1128/2012), 515/2015, de 15 de octubre (rec. 2260/2013), en relación al principio del interés de la menor en supuestos de guarda y custodia compartida y los parámetros que deben concurrir para su establecimiento.

Entiende la parte que la sentencia realmente lo que hace es aplicar un modelo de custodia compartida sobre la base de argumentos abstractos y genéricos, sin indagar si en el caso concreto dicho modelo es el adecuado para el interés del menor y sin comprobar si se dan los requisitos establecidos por el TS para acordarla. Así, la doctrina ha sido vulnerada al no atenderse la sentencia recurrida a los principios integradores del interés superior del menor y al no tener en cuenta que, en este caso concreto, no se dan los parámetros señalados por la jurisprudencia para apreciar la pertinencia de un sistema como es el de guarda y custodia compartida, ya que pese a reconocer que los progenitores mantienen malas relaciones, entiende -en contra de la doctrina citada del TS- que ello no es obstáculo para denegar la custodia compartida, silenciando que estamos ante una relación que, desde su origen, fue conflictiva lo que permite hacer un mal pronóstico al régimen de custodia compartida. La sentencia, además, resuelve en contra del informe del Ministerio Fiscal, quien en el acto de la vista del recurso de apelación solicitó la confirmación de la sentencia de instancia, y en contra del dictamen pericial psicosocial que recomienda que la menor se mantenga bajo la guarda y custodia de la madre.

**Recurso extraordinario por infracción procesal.**

SEGUNDO.- Motivo primero.- Al amparo de lo prevenido en el art. 469.1.2.º de la LEC, por infracción del art. 217 de la LEC, apartados 1, 2, 3, 6 y 7.

Motivo segundo.- Al amparo de lo prevenido en el art. 469.1.4 de la LEC, por haber incurrido la resolución que se recurre en razonamiento arbitrario e ilógico en la valoración de la prueba con vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 de la Constitución.

La parte recurrente sostiene que la sentencia, al afirmar que de todo lo actuado no resulta suficientemente acreditado que D. Alfonso esté en la actualidad en situación de dependencia de sustancias estupefacientes ni en tratamiento por alteraciones psíquicas, vulnera los principios de la carga probatoria del artículo 217 LEC, premiando la inactividad probatoria del actor que se limitó a decir que había superado sus adicciones e inestabilidades emocionales de forma genérica, pese a su mayor facilidad probatoria, atribuyendo las consecuencias desfavorables de tal ausencia probatoria a la parte a la que no corresponde soportarlos -la ahora recurrente-.

La parte sostiene que la sentencia recurrida dice en su fundamento de derecho segundo que no consta circunstancia alguna -el informe pericial psicológico evacuado en autos no lo refleja- que hagan al recurrido inadecuado para la educación y crianza de su hija menor, siendo que de la lectura del informe pericial mencionado sí constan circunstancias que le hacen inadecuado y que le llevaron a recomendar el mantenimiento de la guarda y custodia otorgada a la madre por el auto de medidas provisionales previas, como son la puntuación paterna obtenida en escala de síndrome clínico de dependencia de sustancias, sin que se hayan aportado al procedimiento informes relativos a tal circunstancia y/o diagnóstico, ni datos sobre profesionales que hayan intervenido en proceso psicoterapéutico, por lo que se desconoce el alcance y situación real con relación al cuadro que pudiera presentar en la actualidad el evaluado.

TERCERO.- Decisión de la sala.

Se desestiman los motivos.

Sobre la carga de la prueba debemos declarar que es la Sra. Brigida la que entiende que el Sr. Alfonso no es apto para el cuidado de su hija, lo que le inhabilitaría par la custodia compartida, sin embargo en el informe psicosocial consta:

«El padre refiere historial de tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico asociado a un trastorno por dependencia de sustancias. Se refiere actual remisión total sostenida sin embargo, no se aportan al procedimiento informes relativos a tal circunstancia y/o diagnóstico, ni datos sobre profesionales que hayan intervenido en proceso psicoterapéutico, por lo que se desconoce el alcance y situación real con relación al cuadro que pudiera presentar en la actualidad el evaluado.

»Con respecto a la prueba psicométrica "Cuida" aplicada;

»Ambos presentan capacitación/aptitud media para la asistencia de las necesidades psicosociales de la menor».

De esta prueba se deduce la aptitud del padre, sin que se le pueda imputar la responsabilidad de la falta de informes complementarios que nadie le ha pedido, por lo que no se le puede cargar con la falta de una prueba que no se ha propuesto (art. 217 LEC). Unido a ello la valoración probatoria, fundada en el informe psicosocial se ajusta a las norma de la lógica, de forma que se tutelan efectivamente los derechos de la ahora recurrente (art. 24 de la Constitución).

CUARTO.- Motivo tercero. Al amparo de lo prevenido en el art. 469.4 de la LEC, por infracción del art. 24.1 de la Constitución. La resolución recurrida incurre en un error patente y notorio en la valoración de la prueba.

La parte sostiene que pese a que la sentencia recurrida reconoce que los progenitores mantienen malas relaciones, llega a la conclusión de que éstas no impiden el establecimiento del régimen de custodia compartida, existiendo en autos prueba suficiente que permite constatar que las acreditadas malas relaciones son de tal entidad que, en este caso, impide fijar el régimen de custodia compartida.

QUINTO.- Decisión de la sala.

Se desestima el motivo.

En la resolución recurrida se considera que las relaciones sin ser idílicas no son obstaculizadoras, máxime cuando la búsqueda sistemática del enfrentamiento por una de las partes, no puede ser causa de denegación del sistema de custodia compartida, al perjudicar el interés del menor, que precisa de atención y cuidado de ambos progenitores, razón por la que no puede entenderse que haya una valoración ilógica de la prueba



practicada (art. 24 CE), máxime cuando ni se concreta ni justifica por qué dicho déficit de comunicación se imputa al padre (sentencia 369/2016 de 3 de junio).

SEXTO.- Motivo cuarto. Al amparo de lo prevenido en el art. 469.4 de la LEC. La resolución recurrida incurre en un error notorio o patente en la valoración de la prueba con vulneración del art. 24.1 de la Constitución.

La parte sostiene que la sentencia recurrida dice en su fundamento de derecho segundo que no consta circunstancia alguna que hagan al recurrido inadecuado para la educación y crianza de su hija menor, siendo que sí existen ciertas circunstancias que le hacen inadecuado para ostentar la guarda y custodia compartida. Señala que tanto del informe psicosocial como del interrogatorio de las partes y de la testifical se deduce que existen circunstancias que hacen al recurrido inadecuado para la educación y crianza de una menor, sin que el recurrido haya acompañado ninguna prueba documental que avale, de forma clara y contundente, la superación de todas las adicciones que reconoció en el acto de la vista.

SÉPTIMO.- Decisión de la sala.

Se desestima el motivo.

La recurrente se basa en aspectos parciales y manipulados de las declaraciones prestadas, efectuando un análisis desviado de dichas pruebas, pues si bien el Sr. Alfonso fue drogadicto, estuvo en rehabilitación, tuvo depresiones e intentó suicidarse; ello acaeció cuando estaba sumido en el proceso de adicción, hacía doce años. Ninguna de dichas disfunciones acaecen en la actualidad, por lo que no pueden fundar la inhabilidad del padre para atender a su hija.

Por otro lado, que la hermana del Sr Alfonso le acompañara en las visitas a la hija, fue para garantizar que la madre no pudiese dar una visión parcial de las mismas.

Por tanto, nuevamente debemos rechazar la existencia un error patente en la valoración de la prueba (art. 24 CE), y no procede intentar que esta sala se convierta en una tercera instancia, pues nuestra labor se ha de limitar a examinar si se ha producido o no un error flagrante en la valoración de la prueba, lo cual no ha ocurrido.

OCTAVO.- Motivo quinto. Al amparo de lo prevenido en el art. 469.4 de la LEC, por infracción del art. 24.1 de la Constitución. Existencia de error patente y notorio.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia llega a una conclusión contraria a la racionalidad y conculca los más elementales criterios de la lógica al afirmar, en su fundamento de derecho segundo, que la guarda y custodia de la otra hija del recurrido se había venido desarrollando con entera normalidad, cuando la sentencia de primera instancia recoge como hecho probado que la otra hija estuvo bajo la custodia de sus abuelos paternos hasta que el demandante pudo asumir la patria potestad de la misma una vez superados los requisitos que le impuso la Diputación Foral de Bizkaia, y que el recurrido reconoció en el acto de la vista que perdió la custodia de dicha hija en favor de los servicios sociales de la diputación, ejerciendo la guarda mediante la medida de protección de acogimiento familiar, encargándose la abuela de la menor, reconociendo además que tanto él como la niña continuaban viviendo con la abuela paterna.

NOVENO. Decisión de la sala.

Se desestima el motivo.

El argumento que utiliza la recurrente más bien sirve para apoyar la idoneidad como padre del Sr. Alfonso , quien tuvo una hija de un anterior relación (Tania), cuya custodia le fue retirada por los Servicios Sociales, mientras estuvo en proceso de rehabilitación, época en la que la custodia fue conferida a la abuela paterna, y tras ello los mismos Servicios atribuyeron la custodia al Sr. Alfonso y no a la madre de Tania , lo que evidencia su total recuperación, por lo que tampoco se infringe el art. 24 CE.

DÉCIMO.- Motivo sexto. Al amparo de lo prevenido en el art. 469.4 de la LEC. La resolución recurrida incurre en un error notorio o patente en la valoración de la prueba con vulneración del art. 24.1 de la Constitución.

Entiende la recurrente que es patente y notorio el error que se aprecia en el párrafo quinto del fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, al señalar que no concurre motivo alguno que impida el establecimiento de la guarda y custodia compartida, pues las pruebas obrantes en autos llevan a la conclusión contraria.

UNDÉCIMO.- Decisión de la sala.

Se desestima el motivo.

La parte recurrente se limita a refundir todos los argumentos sobre la valoración de la prueba, antes expuestos, por lo que por las mismas razones se ha de desestimar el motivo.

**Recurso de casación.**

DUODÉCIMO.- Motivo único. Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC, de conformidad con el punto 3 del mismo, por infracción del art. 92.5, 6 y 7 del Código Civil y se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de la Sala Primera, STS 257/2013 de 29 de abril, STS 619/14 de 30 de octubre, STS 370/2013 de 7 de junio de 2013, STS 515/2015 de 15 de octubre, en interpretación de dicho precepto, en relación al principio del interés de la menor que va a quedar afectada por la medida que se deba tomar y que, en el caso de la guarda y custodia compartida, se acordará cuando concurren los criterios reiterados por el Tribunal Supremo y recogidos como doctrina jurisprudencial en las sentencias citadas.

Se desestima el motivo.

La parte recurrente entiende infringido el art. 92 del C. Civil y jurisprudencia que lo interpreta en base a, la falta de aptitud del padre, la falta de diálogo, su drogadicción, el informe psicosocial.

Al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal ya razonamos que todos esos aspectos habían sido debidamente valorados en la sentencia recurrida, entendiéndose que concurría la aptitud del padre, la superación de su drogadicción y rehabilitación que había permitido incluso que los Servicios Sociales le atribuyeran la custodia de su otra hija Tania, habida en otra relación de pareja.

Es decir, el sustento fáctico que la recurrente pretende para denegar la custodia compartida, no se corresponde con la realidad probada, por lo que procede rechazar este motivo y el recurso de casación (art. 92 del C. Civil), dado que la sentencia recurrida no infringe la doctrina jurisprudencial.

DECIMOTERCERO.- Se imponen a la recurrente las costas de ambos recursos (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por Dña. Brigida, contra sentencia de dos de marzo de 2015 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya. **2.º-** Confirmar en todos sus aspectos la resolución recurrida. **3.º-** Se imponen a la recurrente las costas de ambos recursos. **4.º-** Se acuerda la pérdida de los depósitos para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.