



Roj: **STS 2514/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2514**

Id Cendoj: **28079110012017100382**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2017**

Nº de Recurso: **352/2016**

Nº de Resolución: **394/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de junio de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de procedimiento de divorcio contencioso n.º 521/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Chiclana de la Frontera, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Noelia , representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén. No ha comparecido la parte recurrida don Conrado . Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- El procurador don Gonzalo Crespo Grosso, en nombre y representación de doña Noelia , interpuso demanda de juicio sobre divorcio contencioso, contra don Conrado y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

- « 1.- El divorcio del matrimonio constituido por ambos cónyuges.
- » 2.- La atribución de la guarda y custodia de la menor da doña Noelia , dado que es quien de hecho hasta el momento la ha venido ostentando, quedando la patria potestad compartida para ambos padres
- » 3.- La atribución, uso y disfrute a mi representada y su hija de la vivienda familiar junto con el ajuar de la misma, sita en Chiclana de la Frontera (Cádiz), DIRECCION000 , CAMINO000 nº NUM000 (DIRECCION001), que además es propiedad de los padres de mi representada.
- » 4.- El establecimiento de un régimen de visitas consistente en que el padre pueda comunicar con la menor 2 días a la semana (Martes y Sábados) en horario de 17.30 horas a 19.30 horas.
- » 5.- El establecimiento de una pensión alimenticia obligatoria a D. Conrado de SEISCIENTOS EUROS MENSUALES (600,00 €/mes) en favor de la menor, debiéndose abonar durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto indique la madre, actualizándose con efectos de 1 de enero de cada año, de conformidad con el incremento experimentado por el I.P.C. publicado por el Instituto Nacional de Estadística o organismo que en su caso pudiera sustituirle. Igualmente, se deberá establecer la obligación de ambos progenitores de sufragar el 50 % de los gastos extraordinarios (médicos, escolares, etc...) de carácter necesario que surgieran durante la vida de la menor, mientras ésta sea económicamente dependiente de sus padres.
- »6.- La disolución del régimen económico matrimonial de gananciales que rigió el matrimonio.
- »7.- Todo ello, con expresa condena en costas para el supuesto de Oposición por parte de la demandada».



2.º- El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

3.º- La procuradora doña María del Pilar Cano Révora, en nombre y representación de don Conrado , 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 en el sentido siguiente:

« 1) Que la guarda y custodia de la hija sea atribuida a Doña Noelia , de conformidad con lo solicitado por la actora en el escrito de demanda.

» 2) Que el uso de la vivienda familiar, sita en Chiclana de la Frontera, CAMINO000 , número NUM000 , sea atribuido a Don Conrado , por los motivos expuestos en la presente, y dado que no es necesaria ni va a ser usada por la demandante y la hija común de ambos, salvo cuando esté con su padre.

»3) Que se otorgue a Don Conrado un derecho de visitas y comunicaciones con la hija menor consistente en:

»a. Fines de semanas alternos, desde el viernes a las 17:00 horas y el domingo a las 21:00 horas, en los que la menor será reintegrada al domicilio materno por el progenitor paterno.

»b. Dos tardes en semana, que de no haber acuerdo corresponderá a los Martes y Jueves, desde las 17:00 horas hasta las 20:30 horas, en la que el progenitor paterno reintegrará a la menor al domicilio habitual.

»c. En cuanto a las vacaciones, y estando la menor ya escolarizada, según ha podido conocer el Sr. Conrado , el progenitor paterno podrá disfrutar de la compañía de su hija la mitad del período de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano. En caso de desacuerdo, corresponderá elegir período al padre en los años pares y a la madre en los impares. Durante estos períodos, el padre podrá viajar a Alemania con el fin de visitar a la familia paterna de la menor, comunicando previamente a la madre dicha circunstancia.

»4) Respecto a la pensión de alimentos para la hija menor, solicitamos de Juzgado que se establezca la obligación por parte de Don Conrado de abonar Ciento Cincuenta euros 150.000 euros mensuales.

»Dicha cantidad deberá abonarse durante los cinco primeros días de cada mes, y actualizarse con efectos de 1 de Enero de cada año, de conformidad con el incremento experimentado por el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en su caso pudiera sustituirle.

»Igualmente, se deberá establecer la obligación de ambos progenitores de sufragar al 50% los gastos extraordinarios de carácter necesario que surgieran durante la vida de la menor, mientras ésta sea económicamente dependiente de sus padres.

»5º. Se atribuya a mi representado la administración de los inmuebles de ganancial existente en La Gomera, las rentas que generen, así como las cantidades depositadas en cuentas de entidades bancarias, de titularidad común, a fin de garantizar en todo caso que la demandante no haga uso de un patrimonio adquirido en todo caso con dinero privativo, y a la espera de la necesaria liquidación de gananciales.

»6) Con expresa condena en costas de la parte demandante».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Mixto n.º 5 de Chiclana de la Frontera, dictó sentencia con fecha 24 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimo parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por el procurador de los Tribunales Sr. Crespo Grosso, en representación de D. Noelia contra D. Conrado , representado en autos por la procuradora Sra. Cano Révora, y, en consecuencia, DECLARO DISUELTO POR DIVORCIO el matrimonio contraído en Cádiz el 27 de agosto de 2004 por los litigantes, estableciendo entre ellos las siguientes medidas:

»(i) la patria potestad de la menor Magdalena , nacida el NUM001 -2009, será compartida por ambos progenitores.

»(ii) la guarda y custodia de la hija menor se atribuye a la madre.

»(iii) el régimen de comunicación del padre con su hija menor será el siguiente:

»1º- El padre comunicará con la niña, inicialmente y durante un periodo de 3 meses a partir de esta resolución, dos tardes entre semana, en régimen de visitas tuteladas y con una duración aproximada de dos horas, a determinar por el servicio de punto de encuentro familiar de la localidad de Cádiz.

»2º- Transcurridos los 3 meses iniciales, las visitas dejarán de ser tuteladas, pero las entregas y recogidas seguirán teniendo lugar en el Punto de encuentro. Los días de las visitas serán martes y jueves, y las horas desde las 17:00 hasta las 20:00 horas, todo ello salvo acuerdo en contrario de las partes.



»3º- Transcurridos 3 meses desde el inicio de las visitas no tuteladas, cualquiera de las partes podrá solicitar en ejecución de sentencia que se inicie un régimen de visitas consistente en: a) fines de semana alternos (desde el viernes a las 17:00 hasta el domingo a las 20:30 horas); b) dos tardes entre semana (martes y jueves, a falta de acuerdo en contrario, desde las 17:00 hasta las 20:00 horas); c) mitad de periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el padre los años pares y la madre en los impares el periodo de disfrute, a falta de acuerdo. Todas las entregas y recogidas se realizarían en el domicilio materno. Durante los periodos vacacionales que tenga a su hija consigo, el padre podrá desplazarse a Alemania con la niña, previo aviso a la madre con antelación mínima de 20 días.

»4º- El punto de encuentro familiar remitirá a este Juzgado con carácter mensual un informe de seguimiento, cuyos informes serán tenidos en cuenta para iniciar el régimen normalizado recogido en el apartado 3º.

»(iv) se atribuye el uso de la vivienda familiar, sita en CAMINO000 , nº NUM000 (DIRECCION001), en Chiclana de la Frontera, así como de los objetos de uso ordinario que haya en ella, a la hija y a la madre.

»(v) el padre contribuirá al sostenimiento de su hija con la cantidad de 400 ? mensuales, cantidad que deberá abonarse en la cuenta o libreta bancaria designada por la actora en los primeros cinco días de cada mes, por meses anticipados. Dicha cantidad queda sujeta al mismo incremento anual que experimenten las retribuciones del padre, con efectos el día uno de enero de cada año. Esta cantidad se debe desde la fecha de la demanda.

Asimismo, los gastos extraordinarios originados por la hija común correrán a cargo de ambos progenitores por mitad en cuanto se trate de gastos de naturaleza médica o farmacéutica, o bien cuando se trate de gastos de tipo lúdico o académico, siempre que, en este último supuesto, la realización del gasto haya sido acordada por ambos progenitores o, en su defecto, hayan sido autorizados judicialmente. Los gastos lúdicos o académicos no acordados por los padres o autorizados judicialmente, en su defecto, serán satisfechos íntegramente por el progenitor que decida su realización. Los gastos reclamados deberán ser oportunamente justificados en cuanto a su importe y su devengo.

»(vi) queda disuelto el régimen económico matrimonial.

»(vii) no ha lugar a pronunciarse sobre el régimen de administración de bienes comunes.

»3.º- que no condeno a ninguna de las partes al pago de las costas causadas.

»Una vez firme esta resolución, remítase testimonio de la misma para su inscripción al margen de la inscripción de matrimonio que obra al folio NUM002 , tomo NUM003 , sección NUM004 .º del Registro Civil de Cádiz 19.11.2009, será compartida por ambos progenitores la guarda y custodia de la hija menor se atribuye a la madre».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Conrado . La Sección quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 21 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimando parcialmente, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de DON Conrado contra la Sentencia de fecha 24 de Septiembre de 2.014 dictada por el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción a 4 de los de Chiclana de la Frontera en el Juicio de Divorcio Contencioso de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debernos revocar parcialmente, y revocamos, el fallo de la misma en el único y exclusivo sentido de fijar el régimen de vistas establecido en el apartado iii) Cuarto de la sentencia apelada sin necesidad de recurrir a la ejecución de la sentencia para normalizarlo así como fijar la pensión alimenticia de la menor en la cantidad de 250 euros permaneciendo idénticos e invariables el resto de pronunciamientos que se contienen en dicho fallo, todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso».

Con fecha 3 de noviembre de 2015, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva ACORDAMOS:

«aclarar la sentencia dictada en fecha 21 de Septiembre de 2.015 en el sentido de donde dice «...y como parte apelada DOÑA Noelia , representada por el procurador Doña Rosa Jaén Sánchez de la Campa y defendida por el letrado Doña Eva María López Martínez, debe decir, como parte apelada DOÑA Noelia , representada por el Procurador Doña Montserrat Cárdenas Pérez y defendida por el Letrado Don Ricardo Torres Fariñas permaneciendo idénticos e invariables el resto de pronunciamientos contenidos en el FALLO de la misma».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Noelia , con apoyo en el siguiente: Motivo: Único.- Al amparo del art. 469.1. 4.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, derecho fundamental en



el art. 24.1. de la Constitución Española al existir un error patente en la valoración de la prueba en la sentencia recurrida.

También formuló recurso de casación basado en los siguientes Motivos: Primero.- Al amparo del art. 477. 2. 3.º de la LEC por interés casacional, al infringir la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencia de esa Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, así como de otras Audiencia Provinciales, respecto a la aplicación del art. 94 del Código Civil , en relación con el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor. Segundo.- Al amparo del art. 477. 2. 3º de la LEC por interés casacional al infringir la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial de esta Sala del T. Supremo, respecto a la aplicación del art. 146 del Código Civil , en cuanto a la aplicación de la regla de proporcionalidad entre los ingresos y las necesidades de la alimentista y el alimentante.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 22 de enero de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del recurso de casación en lo relativo a la ejecución del régimen de visitas y desestimación del segundo motivo de casación relativo a los alimentos de la menor.

SEXTO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 13 de julio de 2017, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción y de casación contra la sentencia que resuelve sobre la custodia de la hija menor del matrimonio, ahora litigante, Magdalena , nacida el NUM005 de 2009, y fija alimentos en su favor en cuantía de 250 euros al mes.

En el primero de ellos se tacha de error patente la decisión de la sala de apelación de no haber tenido en cuenta un informe emitido por el punto de encuentro familiar enviado el procedimiento el 15 de marzo de 2003, es decir, antes de que dictara sentencia, en la que se pone de manifiesto un escrito aportado por el padre diciendo que no se personaría en sus instalaciones hasta nuevo aviso, al haberse trasladado a Alemania a buscar trabajo, visitas que no se han reanudado hasta la fecha.

El recurso se admite y es que, sin perjuicio de la valoración que merezca este hecho al examinar el recurso de casación, es lo cierto, que la sentencia ha dejado sin valorar un documento decisivo para la determinación del régimen de visitas y comunicaciones del padre con su hija prescindiendo del trámite progresivo tutelado por el juzgado, impuesto en beneficio e interés de la menor por las especiales circunstancias concurrentes en la relación del padre con la hija, con el argumento de que dichas visitas se estaban realizando con normalidad en el punto de encuentro sin tener en cuenta que la efectiva implementación de este régimen normalizado estaba en función de los informes de seguimiento que debería emitir el Punto de Encuentro Familiar, y ello afecta sin duda al derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la CE pues la decisión del tribunal de apelación elimina el trámite de ejecución para normalizar las relaciones padre-hija, sin valorar esta prueba.

SEGUNDO.- También se admiten los dos motivos del recurso de casación, sobre guarda y custodia del padre y alimentos, fundamentados en los artículos 94 CC , en relación con el artículo 2 de la LO 1/1996 , de protección jurídica del menor, en cuanto al establecimiento del régimen de visitas del progenitor no custodio, y en el artículo 146 del CC , en cuanto a la aplicación de la regla de proporcionalidad entre los ingresos y las necesidades de la alimentista y el alimentante. En ambos casos, con infracción de la doctrina de esta sala sobre estas cuestiones.

Se admiten.

1.- El primero no es más que una consecuencia de la decisión de la sala de apelación de prescindir del establecimiento de un régimen progresivo de visitas con la menor, que implicaba acudir a la ejecución de sentencia para normalizarlo, y que fue establecido por el juzgado en vista de la conflictividad existente entre ambos progenitores y el desconocimiento de la menor de la figura paterna. Un régimen que no tiene necesariamente un límite de tres meses desde el inicio de la visitas tuteladas. El límite lo impone la situación existente a partir de este tiempo en función de los informes de seguimiento emitidos al juzgado por el punto de encuentro familiar, de los que se ha hecho referencia al analizar el recurso de infracción procesal, y que no fue tenido en cuenta en la sentencia recurrida.



Estamos, como dice el Ministerio Fiscal, ante un padre que no tiene contacto con su hija desde febrero de 2015 y no parece que pueda tenerlo a corto plazo, con las connotaciones que ello conlleva de relación de confianza y seguridad que la atención a la menor pueda ser correcta, cuando de aplicar las visitas en la forma normalizada que propone la Audiencia se estaría poniendo en riesgo la estabilidad emocional de la niña y, en definitiva, el interés superior de la menor. Su desidia hacia su hija es evidente y no tiene visos de provisionalidad.

2.- Para fijar los alimentos, la sentencia del juzgado consideró debidamente acreditado que marido y mujer tienen un patrimonio importante. Hay bienes inmuebles y productos financieros de naturaleza ganancial o privativo, o cuya titularidad se discute, patrimonio productivo o susceptible de producir, que ha servido a ambos cónyuges y a la hija para mantener un alto nivel de vida, al margen de que ninguno de ellos tenga actividad laboral.

En su vista fijó los alimentos en 400 euros mensuales, que la sentencia de apelación redujo a 250 euros, atendiendo al principio de proporcionalidad entre los obligados a prestarlos y las necesidades de la hija; relación de proporcionalidad que atiende a las necesidades comunes y similares de otras niñas y a la carencia de trabajo del padre, sin ingresos fijos con que contar.

Sin duda este argumento no justificaría ni los 400 euros de la sentencia del juzgado ni los 250 establecidos por la Audiencia, pues estaríamos ante un padre absolutamente insolvente para hacer frente a dicha obligación. Lo que no tiene en cuenta la Audiencia es que la obligación alimenticia que se presta a los hijos no está a expensas únicamente de los ingresos sino también de los medios o recursos de uno de los cónyuges, o, como precisa el artículo 93 del Código Civil, de "las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento". En lo que aquí interesa supone que no es necesaria una liquidez dineraria inmediata para detraer de la misma la contribución sino que es posible la afectación de un patrimonio personal al pago de tales obligaciones para realizarlo y con su producto aplicarlo hasta donde alcance con esta finalidad, siempre con el límite impuesto en el artículo 152 2.º del CC si la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su familia (sentencia 564/2014, de 14 de octubre).

El patrimonio de ambos progenitores es importante, tanto que no han necesitado trabajar para mantener un estatus importante de vida. Reducir la prestación a un "mínimo vital", no resulta coherente ni con los recursos económicos, ni con el status social de la pareja.

TERCERO.- Consecuencia de lo razonado es que esta sala deba asumir la instancia para estimar ambos recursos y restablecer los pronunciamientos de la sentencia del juzgado sobre visitas y comunicaciones del padre con la hija y alimentos; todo ello con imposición al recurrente de apelación de las costas causadas por este recurso, y sin hacer especial declaración de las demás, de conformidad artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

esta sala ha decidido

1.- Estimar los recursos formulados por la representación legal de D.ª Noelia contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz -Sección 5.ª- con fecha 21 de septiembre 2015, rollo de apelación 220/2015. **2.-** Casamos la expresada sentencia en el único sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento relativo al régimen de visitas del padre con su hija y los alimentos en la forma establecida en la sentencia dictada por el Juzgado mixto nº 4 de Chiclana de la Frontera, de 24 de septiembre de 2014. **3.-** No se hace especial declaración de las costas causadas por los recursos extraordinario por infracción y de casación, así como de las del juzgado, imponiendo al demandado las originadas por el recurso de apelación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.