



Roj: **STS 2102/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2102**

Id Cendoj: **28079110012018100333**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/06/2018**

Nº de Recurso: **153/2017**

Nº de Resolución: **348/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 3560/2016,**
STS 2102/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 348/2018

Fecha de sentencia: 07/06/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 153/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE OVIEDO SECCION N. 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 153/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 348/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 7 de junio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Marina , representada por la procuradora doña Irene Aranda Varela, bajo la dirección Letrada de don Gabriel Cueto Iglesias, contra la sentencia dictada con fecha 22 de noviembre de 2016 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Asturias en los autos de juicio de divorcio contencioso n.º 78/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Pola de Siero. Ha sido parte recurrida don Arturo , representado por la procuradora doña Teresa López Roses, bajo la dirección letrada de don Marcos Rodríguez Lorena. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Patricia Gutiérrez Hernández , en nombre y representación de doña Marina , interpuso demanda de juicio de divorcio contencioso, contra don Arturo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

- «1º- Se declare la disolución del vínculo matrimonial formado por D. Arturo y por Doña Marina .
- »2º- Se revoquen los poderes que hubieren podido otorgarse ambos cónyuges.
- »3º- Se declare la disolución del régimen económico matrimonial de gananciales.
- »4º- Se atribuya la guarda y custodia del hijo menor a la madre, y se establezca que el ejercicio de la responsabilidad parental (patria potestad) sobre el menor sean ejercidos conjuntamente por ambos progenitores.
- »5º- Se atribuya a los hijos del matrimonio y a Dña. Marina el uso y disfrute de la vivienda familiar junto con sus muebles y enseres sita en DIRECCION000 - DIRECCION001 número NUM000 - Carbayín - Siero.
- »6º- Se establezca un régimen de visitas de la menor con su padre, consistente en que el mismo estará en compañía de sus hijos fines de semana alternos desde las 11 hasta las 19 horas del sábado, y desde las 11 horas hasta las 19 horas del domingo, la mitad de las vacaciones de Semana Santa, la mitad de las vacaciones de Navidad y quince días por el verano, ello según el calendario escolar publicado anualmente por la Consejería de Educación del Principado de Asturias.
- »7º- Se establezca como pensión de alimentos de los hijos del matrimonio, a cargo del padre la cantidad mensual de 475 € euros por el hijo, y ello desde el momento de interposición de la presente demanda, cantidades todas ellas que deberán abonarse por adelantado dentro de los cinco primeros días de cada mes a medio de ingreso en la cuenta bancaria que designe la madre, y que serán actualizadas el día uno de enero de cada año según el incremento acordado en Presupuestos Generales del Estado o en la norma correspondiente de la pensión que percibe D. Arturo por estar afecto de una Incapacidad Permanente Absoluta a los fines que proceda a retener de las nóminas que perciba D. Arturo las cantidades relativas a la pensión alimenticia del hijo del matrimonio para su ingreso en la cuenta que designará la madre.
- »8º- Se establezca que el esposo abonará en concepto de cargas familiares la cantidad procedente en concepto de arrendamiento de la vivienda del Cutu Carbayín Siero.
- »9º- Se establezca a favor de la esposa y a cargo de la esposo una pensión compensatoria de 150 € mensuales, y con la misma actualización que la supra referida de alimentos. Se interesa que por el Juzgado se oficie a la al INSS a los fines que proceda a retener de la pensión que perciba D. Arturo las cantidades relativas a la pensión compensatoria de la esposa para su ingreso en la cuenta que designará la madre.
- »10.º Se exhorte al Registro Civil de Gijón a los fines de proceder a la inscripción de la Sentencia de Divorcio en tal Registro.
- »11.º- Se impongan las costas del procedimiento al esposo, incluso en el caso de mostrarse conforme con la demanda, o en situación de rebeldía procesal.
- »12.º- Todo ello con los efectos inherentes a tales declaraciones».



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 Eugenia García Rodríguez, en nombre y representación de don Arturo , 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: «Se decrete el DIVORCIO DE AMBOS CÓNYUGES.

»Se decrete la PATRIA POTESTAD CONJUNTA POR AMBOS PROGENITORES del hijo menor del matrimonio

»CUSTODIA COMPARTIDA.

»Durante el periodo escolar establecido Principado de Asturias, la guarda y custodia ser domingo a domingo. La distribución de los periodos Domingo a las 20 horas, siendo recogido el menor deba entregar a la menor o PDE que respete la domicilio del otro de domingo a las 20 horas al domicilio del progenitor que siendo reintegrado el menor en el OP, de tal manera que uno sea el al siguiente. Las entregas y recogidas, dada la orden de protección vigente, podrán ser realizadas por terceras personas.

»Se establece que en las semanas que el menor esté con uno de los progenitores, el progenitor no custodio en ese momento tendrá derecho a ver a su hijo una tarde entre semana desde la salida del colegio a las 20 encargándose el progenitor no custodio en ese momento tanto de las recogidas como de las entregas.

»Y con carácter subsidiario

»CUSTODIA PARA LA MADRE.

»Subsidiariamente se establece que en el supuesto de que la medida de guarda y compartida no fuera aprobada judicialmente, la guarda y custodia del menor será ejercida por la madre estableciendo para el padre el régimen de visitas más amplio.

»Se establece para el padre el siguiente régimen de visitas:

»Fines de semana alternos desde el miércoles a la salida del colegio del menor hasta el lunes a la entrada del colegio del menor.

»Dos días entre semana, en la semana que no le corresponda el fin de semana largo, los martes y los jueves desde las 14 horas hasta las 19 horas.

»Respecto a los períodos de VACACIONES, los menores pasarán la mitad de ellas con cada progenitor o la mitad de cada periodo con cada progenitor, estableciéndose los siguientes periodos:

»En las vacaciones de verano: El primer período comprenderá el mes de julio y el segundo el mes de agosto.

»En las vacaciones de Semana Santa el primer período comprenderá los cuatro días festivos y el segundo período los días restantes de vacaciones escolares.

»En las vacaciones de Navidad el primer período va desde el primer día de 'Vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre y el segundo del 31 de diciembre al 7 de enero.

»Tanto los días del cumpleaños del menor como el de Reyes, el progenitor que en su compañía a su hijo, tendrá derecho a dos horas del día para entregarle los regalos.

»En caso de discrepancia se establece que el hijo pasará la primera mitad de sus vacaciones escolares con su padre los años pares y la segunda los impares.

»Durante estos periodos vacacionales no regirán las reglas de los horarios habituales de la custodia asignada.

»En los supuestos de enfermedad, daño físico u otra causa grave padecida por el hijo, el cónyuge a cuyo cuidado estuviera en ese momento se lo comunicará al otro lo más rápidamente posible, pudiendo en este supuesto visitarlo el otro sin ningún tipo de impedimento.

»4.- USO DEL DOMICILIO FAMILIAR.- El domicilio familiar, sito en Siero se atribuirá a la madre, doña Marina , como viene haciendo hasta el momento.

» 5.- CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS/ALIMENTOS.-

»Para el caso de otorgarse la CUSTODIA COMPARTIDA se solicita que ambos progenitores corran con los gastos que a cada uno le correspondan a la semana en que tengan con ellos a los menores.

»En el caso de que la custodia sea concedida a la madre, el padre abonará sensualmente la cantidad de CIENTO CINCUENTA EUROS (150) pagaderos entre los días 1 y 10 de cada mes en el número de cuenta que designe la madre.



»Respecto a los gastos extraordinarios serán sufragados por mitad por ambos progenitores. A tal efecto se señalan gastos extraordinarios los originados por gastos médicos no cubiertos por la seguridad social.

»6.-No se estipule PENSIÓN DE DESEQUILIBRIO a favor de ninguno de los cónyuges, habida cuenta de que el divorcio no produce desequilibrio económico alguno».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Siero, dictó sentencia con fecha 24 de junio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que debo declarar y declaro el divorcio del matrimonio formado entre doña Marina y don Arturo , al existir causa legal para ello.

»Se atribuye la guarda y custodia del menor Jesús Ángel , a su madre.

»Se atribuye el uso del que fuera el domicilio familiar a doña Marina en compañía del menor.

»El padre podrá relacionarse con su los hijo fines de semana alternos desde la salida del menor del colegio el viernes hasta su ingreso el lunes en el centro educativo. Se fijará un día intersemanal que a falta de acuerdo será el miércoles en el que el menor estará con su padre desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas que se reintegrará al domicilio materno, y mientras esté vigente la orden de protección dichas entregas se realizarán en el punto de encuentro familiar o bien a través de persona interpuesta si así se conviniera entre los progenitores.

»Los periodos vacacionales se distribuirán de la siguiente forma: las Navidades conforme al calendario escolar por mitades, siendo la madre caso de desacuerdo quien elija los años impares y el padre los pares, debiéndolo de comunicar con al menos un mes de. El día 6 de enero el menor pasara la tarde desde las 16:00 hasta las 18:30 con el progenitor que no disfrute de ese periodo. En el periodo de vacaciones de Semana Santa conforme al calendario escolar, se dividirán en dos mitades siendo el padre en caso de desacuerdo quien elija los años impares y la madre los pares. En vacaciones de Verano conforme al calendario escolar se dividirán en los siguientes periodos: un primer periodo desde las 10:00 del día siguiente a la finalización de las clases hasta las 10:00 del día 1 de julio. Los meses de julio y agosto se repartirán en dos quincenas comenzando desde las 10:00 del día 1 hasta las 20:00 del día 15, y desde las 20:00 del día 15 a las 20:00 del día 31, el último periodo desde las 20:00 del día 31 de agosto hasta las 20:00 del día anterior al inicio de las clases. Estos periodos se distribuirán de forma alternativa entre el padre y la madre, no pudiendo ser acumulativos, es decir, los progenitores no podrán tener en su compañía al menor durante dos periodos seguidos, eligiendo en caso de desacuerdo la madre los años impares y el padre los años pares, comunicándolo con un mes de antelación al otro progenitor.

»En fin de semana siguiente a la finalización del periodo de vacaciones se disfrutará por aquel progenitor que no hubiera disfrutado del último fin de semana correspondiente al periodo de vacaciones.

»El menor será recogido por el padre bien sea en el punto de encuentro correspondiente al domicilio del menor o bien persona interpuesta de su confianza mientras permanezca vigente de protección.

»El padre abonará en concepto de alimentos para el menor la cantidad de 250 euros mensuales cantidad que se ingresará en la cuenta que a tales efectos designe la madre dentro de los 5 primeros días de cada mes, actualizándose conforme al incremento que sufra el ipc, siendo la primera actualización en enero del 2017.

»Los gastos extraordinarios serán de cuenta de ambos progenitores al 50% Don Arturo abonará a doña Marina en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 100 euros mensuales, cantidad que se limitará a 2 años de duración y será actualizada conforme a la publicación del ipc que se realice en enero, siendo la primera de las actualizaciones en enero del 2017.

»Todo ello sin hacer especial imposición procesales ».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Arturo . La Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 22 de noviembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«SE DESESTIMA PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR D. Arturo , contra la sentencia de fecha veinticuatro de junio de dos mil dieciséis, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Siero, en el Juicio de Divorcio 78/2.016 y autos acumulados 84/2.016 del mismo juzgado. Se revoca la sentencia apelada, en el sentido de atribuir a ambos litigantes la guarda y custodia compartida respecto de su hijo menor Jesús Ángel . Guarda y custodia compartida que se hará efectiva en la forma prevista en el fundamento de derecho quinto, junto con las medidas allí previstas en cuanto al periodo



vacacional y alimentos y abono de viajes. Se deja sin efecto el pronunciamiento en materia de pensión compensatoria. No se hace especial imposición de costas del recurso».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Marina con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción por aplicación indebida de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento. Infracción del art 92.7 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa del Tribunal Supremo (SSTS núm. 252 de 7 de abril de 2011 ; núm. 619 de 30 de octubre de 2014 y núm. 616 de 18 de noviembre de 2014).Segundo. Infracción del art. 92 del CC al considerar que se ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor (SSTS de 17 de junio de 2013 ; 28 de noviembre de 2014 ; núm. 2480 de 6 de noviembre de 2014 ; núm. 835 de 6 de febrero de 2014 ; núm. 26 de 5 de febrero de 2013 ; núm. 2926 de 7 de junio de 2013 ; núm. 579 de 22 de julio de 2011 y núm. 578 de 21 de julio de 2011 , por contener la sentencia recurrida conclusiones erróneas a la vista de las pruebas practicadas.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 13 de septiembre de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Teresa López Roses en nombre y representación de don Arturo , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se solicita la desestimación del recurso.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de mayo de 2018 , en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso plantea dos cuestiones sobre la procedencia de la guarda y custodia compartida con orden de protección y la procedencia de fijar alimentos. Se formula con una evidente falta de claridad, sin separar los motivos y con referencia a hijos que nada tiene que ver con aquel afectado por la medida. A pesar de todo, y, en particular, de la tacha de admisibilidad alegada en oposición al recurso, se va analizar para desestimarlo, por la nota de violencia de género que analiza la sentencia y ahora el recurso y con amparo en reiteradas declaraciones de esta sala en el sentido de que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público y debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los mismos, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo , que lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional», y recuerda la sentencia de esta Sala 679/2013, de 20 de noviembre .

El interés del menor tiene aspectos casacionales (sentencia 614/2009, de 28 de septiembre) y no se trata a través de este cauce de cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados. La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión conceptual en casación (sentencias 384/2005, de 23 de mayo , 614/2009, de 28 de septiembre). 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». « (...) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, las circunstancias más adecuadas para dicha protección» (sentencias 261/2012, de 11 de enero , 261/2012, de 27 de abril y 633/2012, 25 de octubre).

Se desestima, siguiendo el razonamiento del Ministerio Fiscal, puesto que se ha dictado sentencia 6/2018, de 15 de enero , en la que el recurrido ha sido absuelto de los delitos que le imputaban de violencia en el ámbito familiar, por los que había sido acusado, y porque si bien es cierto que es doctrina de esta sala (sentencias 55/2016, de 1 de febrero , y 564/2017, de 17 de octubre). que la estancia paritaria de los menores en el domicilio de cada progenitor no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero asimismo al caudal o medios de quien los da, también lo es que en el presente caso no solo no se deduce de los hechos probados que la diferencia de ingresos entre ambos progenitores sea desigual, sino que es el padre quien se hace cargo de los gastos de desplazamiento para facilitar el cumplimiento del citado régimen.

SEGUNDO.- La desestimación del recurso determina que, en cuanto a las costas, se impongan a la parte recurrente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC .



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación formulado por Doña Marina , contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias -Sección 4.ª-, de 22 de noviembre de 2016 , con expresa imposición de las costas causadas por el recurso.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ