



Roj: **STS 42/2018 - ECLI:ES:TS:2018:42**

Id Cendoj: **28079110012018100014**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2018**

Nº de Recurso: **948/2017**

Nº de Resolución: **28/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GU 331/2016,**
STS 42/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 28/2018

Fecha de sentencia: 18/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 948/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/01/2018

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Guadalajara sección 1.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 948/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 28/2018

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.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 18 de enero de 2018.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Guadalajara, como consecuencia de autos de juicio de divorcio n.º 750/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Guadalajara, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por don Ildefonso , representado ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña M.^a Carmen Madrid Sanz, bajo, la dirección letrada de Almudena Monge González; siendo parte recurrida doña Reyes , representada por la procuradora de los Tribunales doña Ana Rosa Calleja García bajo la dirección letrada de doña Laura Crespo Toledano. 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- La procuradora doña Ana Rosa Calleja García, en nombre y representación de doña Reyes , interpuso demanda de juicio sobre demanda de divorcio, contra don Ildefonso y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia.

»1.º.- El divorcio del matrimonio contraído por mi mandante con Don Ildefonso .

»2.º.- Se acuerde la disolución de la sociedad de gananciales.

»Se adopten las siguientes medidas definitivas.

»1.º- La patria potestad del hijo menor del matrimonio habrá ser compartida por ambos progenitores.

»2.º.- Se atribuya la guarda y custodia del único hijo menor e ad Nicanor a la progenitora Doña Reyes .

»3.º- Que el uso del domicilio familiar sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 de Azuqueca de Henares quedará a favor del matrimonio Nicanor en compañía de la hija de edad Olga y la progenitora Doña Reyes . Los gastos inherentes a la propiedad deberán de ser abonados al 50% por ambos consortes, considerando como tales los gastos del seguro de la vivienda y abono del IBI.

»Dado que el Sr. Nicanor ha procedido a abandonar de forma voluntaria el domicilio familiar y ya ha retirado todos sus efectos y enseres personales no deberá establecerse nada al respecto.

»4.- RÉGIMEN DE VISITAS.

»A).- Durante los periodos escolares.- El padre podrá estar en compañía del menor en fines de semana alternos desde las 18,00 h del viernes a las 19,00 horas del domingo debiendo ser entregado y recogido el menor por el progenitor no custodio, en el domicilio materno.

»Durante la semana el progenitor no custodio podrá estar en compañía del menor una tarde a falta de acuerdo entre los progenitores, se establece el miércoles, desde la salida del colegio, hasta las 19 horas. Debiendo de ser reintegrado en el domicilio materno.

»B).- Durante los periodos vacacionales quedará suspendido el régimen de visitas para cualquiera de los cónyuges.

»Así ambos progenitores tendrán derecho a estar en compañía del menor la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, correspondiendo elegir a falta de acuerdo entre los progenitores, a la madre los años impares y al padre los pares. Se entiende por periodo de vacaciones, la totalidad de periodo comprendido desde el mismo día en que comienzan las vacaciones escolares a la salida del colegio, hasta el día anterior al inicio de las clases a las 20 horas. En el caso de las vacaciones de verano, cada progenitor tendrá derecho a estar en compañía del menor un mes en verano a elegir entre el mes de julio o agosto correspondiéndole elegir a falta de acuerdo entre los progenitores a la madre los años impares y al padre los años pares. En el caso de las vacaciones de Navidad, el primer periodo comprenderá la Nochebuena y Navidad, el segundo Nochevieja y año Nuevo y Reyes hasta después de comer, correspondiendo la tarde de Reyes siempre al otro progenitor desde las 17 horas a las 21 horas, debiendo de ser recogido y entregado en el domicilio en que se encontrare en ese momento.

»El día del cumpleaños del menor, el progenitor que lo tuviera en ese momento podrá estar en su compañía desde las 18 horas hasta la hora de reintegro al otro domicilio a las 20 horas.



»El día del padre, en el caso en de que sea festivo, el menor pasará con el padre, quien pasará a recogerlo al domicilio materno a las 10 horas y lo reintegrará al mismo a las del mismo día. Si dicha festividad no fuera festivo, el padre tendrá derecho a estar en compañía de su hijo desde las 17 hasta las 20 horas.

»El día de la madre, con independencia de que les corresponda pasar el fin de semana con el padre la madre pasará recoger al menor al domicilio paterno a las 10 horas del domingo, permaneciendo con él el resto del día.

»El día del cumpleaños de los progenitores, éstos tendrán derecho a estar en compañía del menor desde las 18 horas a las 20 horas.

»5.º- LEVANTAMIENTO DE LAS CARGAS FAMILIARES.

»Don Ildefonso abonará en concepto de pensión alimenticia a favor del hijo menor durante doce mensualidades y de forma vitalicia la cantidad de 375 EUROS MENSUALES (375,00 ?). En concepto de alimentos a favor de la hija mayor de edad Olga deberá de abonar mensualmente la cantidad de TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS (375,00 ?) haciendo ello un importe total mensual de SETECIENTOS CINCUENTA EUROS (750,00 ?), dicha cantidad será abonada por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la progenitora.

»Anualmente se procederá a una revisión de la indicada pensión alimenticia, modificándola al alza en razón a las variaciones experimentadas por el valor adquisitivo de la moneda, tomándose como módulo el índice de precios al consumo (I.P.C.) o índice que lo sustituya, según las publicaciones del Instituto Nacional de Estadística o del organismo que en el futuro lo sustituya

»Ambos progenitores abonarán al 50% los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida del menor. Debiendo de considerarse como gastos extraordinarios los siguientes:

»- Los gastos que actualmente tiene de terapia de logopeda, y terapia con caballos, así como cualquier otra actividad que sea pautada en el desarrollo del menor, debiendo de ser la misma consensuada por ambos progenitores.

»- La totalidad de los gastos derivados de la matriculación escolar de los hijos en los estudios que realicen la totalidad de los gastos derivados de la sanidad pública y privada que no sean debidamente acreditados documentalmente.

»6.-Don Ildefonso abonará a Doña Reyes en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 500 euros mensuales con carácter vitalicio. Anualmente se procederá a revisión de la indicada pensión alimenticia, modificándola alza en razón a las variaciones experimentadas por el valor adquisitivo de la moneda, tomándose como módulo el índice de al consumo (I.P.C.) o índice que lo sustituya, según las del Instituto Nacional de Estadística o del que en el futuro lo sustituya.

«7º. Se declare el uso del vehículo Toyota avensis matricula-GKK a favor de la progenitora para el uso del menor».

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 don Santos Pascua Diaz , en nombre y representación de don Ildefonso , 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 :

«acordando la disolución del matrimonio por divorcio de don Ildefonso y doña Reyes , y aprobando las medias que en el futuro regularan los efectos del divorcio contencioso en el hecho décimo segundo y hecho séptimo relativo a proyectos de custodia compartida, régimen de visitas y estancias de la demanda, todo ello con expresa imposición de costas al demandado si se opusiera de forma temeraria a esta pretensión».

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 1 de Guadalajara, dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Se declara disuelto, por divorcio, el matrimonio de doña Reyes y don Ildefonso (inscrito en el Registro Civil de Guadalajara, tomo 67, página 550, sección 2.ª), con todos los efectos inherentes a dicha declaración, disolución del régimen económico matrimonial y la adopción de las siguiente medidas:

»1.- La patria potestad sobre Nicanor corresponde a ambos progenitores y su guarda y custodia se atribuye a doña Reyes .



»2.- El uso de la vivienda familiar, sita en Azuqueca de Henares , CALLE000 n.º NUM000 . NUM001 , se atribuye a doña Reyes y Nicanor . Corresponderá a doña Reyes el pago de los gastos que sean inherentes al uso de la vivienda, como el pago de las cuotas ordinarias de la comunidad de propietarios y gastos cotidianos por suministros de servicios, si bien las cuotas extraordinarias de la comunidad de propietarios serán asumidas por ambos al 50%. En la misma proporción del 50 % se abonará el IBI a cargo de los copropietarios de la vivienda.

»3.- En defecto de acuerdo que puedan alcanzar ambos progenitores en cada momento, en beneficio del menor, el régimen de visitas sobre el menor con el progenitor no custodio será el siguiente:

»3.1.- Fines de semana. Don Ildefonso podrá tener en su compañía al menor los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o actividad extraescolar hasta el lunes a la hora de entrada en el centro escolar.

»En caso de días de fiesta intersemanales, en viernes o lunes contiguos a un fin de semana que corresponda disfrutar al padre en compañía del menor, se acumularán al fin de semana, desde la tarde del jueves a la salida del colegio o actividad extraescolar o, en su defecto, a las 20 horas, hasta el lunes festivo a las 20 horas.

»En todos los casos el padre u otro miembro de la familia paterna que aquél designe deberá recogerlo en el centro escolar o, en su caso, domicilio materno y reintegrarlo al mismo. El régimen de fines de semana no operará durante los períodos vacacionales, sometidos a normas específicas, ni en aquellos supuestos objetivable excepcionales y puntuales en que por enfermedad del menor o situaciones de fuerza mayor que le afecten, resulte evidente que perjudique a éste el traslado.

»3.2.- Durante las vacaciones de verano, entendiéndose por tales los meses de julio y agosto. el padre tendrá derecho a disfrutar de la compañía del menor una quincena en cada uno de los dos meses. A falta de acuerdo al respecto, el padre elegirá dos quincenas -que no podrán ser seguidas- los años pares y la madre los impares, debiendo comunicar el progenitor a quien corresponda los derechos su elección al otro antes del día 1 de junio de cada año. En todo caso, si llegado el día 1 de junio no ha comunicado al otro su opción, perderá su facultad de elección, que se transmitirá ese año al otro progenitor sin posibilidad de compensación.

»Asimismo, a falta de acuerdo expreso al respecto, ningún progenitor podrá concertar campamentos u otras actividades semejantes para el menor fuera del período que le corresponda a cada uno ese año. En caso de que ambos progenitores acuerden, de común acuerdo instaurar un régimen de vacaciones de verano por meses completos, a falta de acuerdo sobre el concreto mes a disfrutar por cada uno, el padre elegirá mes los años pares y la madre los años impares, debiendo comunicar el progenitor a quien corresponda el derecho su elección al otro con la misma antelación antes indicada e idénticos efectos en caso de no hacerlo.

»3.3.- Con relación a las vacaciones de Navidad se establecen dos períodos: el primero, desde las 11 de la mañana del 23 de diciembre hasta las 20 horas del 30 de diciembre; el segundo, desde las 20 horas del 30 de diciembre hasta las 20 horas del 7 de enero. A falta de acuerdo, el padre elegirá período los años pares y la madre los años impares, debiendo comunicar el progenitor a quien corresponda el derecho su elección al otro antes del día 1 de diciembre de cada año. En todo caso, si llegado día 1 de diciembre no ha comunicado al otro su opción, perderá su facultad que se transmitirá ese año al otro progenitor sin posibilidad de compensación.

»3.4.- Vacaciones de Semana Santa. Se alternará anualmente este período vacacional, correspondiendo los años pares a la padre y los años impares a la madre.

»En todos los supuestos en que corresponda, el padre deberá recoger al menor y reintegrarlo al final del periodo en el domicilio materno, bien por sí mismo o a través de otra persona de la familia paterna al efecto designe.

»En todos los periodos y estancias, cada uno de los progenitores podrá relacionarse telefónicamente con el menor, cuando ésta esté en compañía del otro.

»Si al final de cualquiera de los períodos vacacionales o por otro motivo surgieran dudas sobre si un determinado fin de semana corresponde a uno u otro progenitor, se resolverán en el sentido de que dicho fin de semana corresponderá al progenitor que no hubiese disfrutado de la compañía del menor el fin de semana anterior.

»4.- Don Ildefonso deberá abonar la cantidad de quinientos euros (500 E) mensuales en concepto de pensión de alimentos para los dos hijos, a razón de 250 ? para cada uno de ellos, dentro de los siete primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe o haya designado al efecto doña Reyes y que será actualizada anualmente con referencia al día primero de enero, procediendo la primera actualización el 1.1.2017, según las variaciones que experimente el IPC conforme a los índices que sean publicados por los organismos competentes en la materia. Además, deberá atender a los gastos extraordinarios con arreglo a lo que se establece en el fundamento jurídico correspondiente.



»5.- Don Ildefonso deberá abonar la cantidad de cien euros (100 ?) mensuales con carácter indefinido, en concepto de pensión compensatoria, dentro de los siete primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe al efecto doña Reyes y que será actualizada anualmente con referencia al día primero de enero, procediendo la primera actualización el 1.1.2017, según las variaciones que experimente el IPC conforme a los índices que sean publicados por los organismos competentes en la materia.

»No se efectúa pronunciamiento sobre las costas procesales.

»Una vez firme, comuníquese al Registro Civil correspondiente a los efectos oportunos».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Ildefonso . La sección 1ª. de la Audiencia Provincial de Guadalajara, dictó sentencia con fecha 15 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación entablado por don Santos Pascua Díaz, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación y de don Ildefonso , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Guadalajara en fecha 28 de septiembre de 2015 aclarada por Auto de fecha 25 de noviembre de 2015, se confirma la sentencia apelada sin imposición de costas.

»Debemos desestimar y desestimamos la impugnación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno de Guadalajara en fecha 28 de septiembre de 2015 aclarada por Auto de fecha 25 de noviembre de 2015 entablada por doña Ana Rosa Calleja García, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación y de doña Reyes , se confirma la sentencia impugnada sin imposición de costas y, con pérdida, en su caso, del depósito constituido en el Juzgado de instancia».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Ildefonso con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción del art. 24 CE , por error en la valoración de la prueba, en relación con el art. 97 CC . Segundo.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, y en concreto del art. 218 LEC . Tercero.- Infracción del art. 24 CE por indebida denegación de la prueba solicitada en segunda instancia a la vista de nuevos datos (art. 752 LEC), en atención a determinar el principio de protección del interés del menor. Cuarto.- Por vulneración del art, 24 CE por vulneración de la tutela judicial efectiva, en su vertiente de incongruencia, en esta caso extra petitum en relación con el art. 96 y 33 CC .

Recurso de casación.

Se formulan cuatro motivos: Primero.- Por infracción del art. 93.5 , 6 y 7 CC en relación con el art. 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño , art. 39 CE arts. 2 y 11.2 de la LO 1/1996 , así como la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad, y arts. 1 , 3 , y 6 de la Ley General de las Personas con Discapacidad , con vulneración del principio de interés del menor, al no haberse adoptado en la resolución impugnada un régimen de guarda y custodia compartida. Segundo, por infracción del art 96 CC en relación con la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de adoptarse la guarda y custodia compartida solicitada en el motivo precedente. Tercero, por infracción de los art 142 , 145 , 146 y 147 CC , en relación con el art 9 3, sobre el abono de la pensión alimenticia, en caso de acordarse la guarda y custodia compartida. Cuarto, por infracción del art 97 CC , en relación a la jurisprudencia de la Sala, por oponerse a los criterios jurisprudenciales de la Sala tanto para su reconocimiento como para su determinación indefinida.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 21 de junio 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 Ana Rosa Calleja García, en nombre y representación de doña Reyes , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación de los recursos de infracción procesal y de casación.

SEPTIMO.- Mediante escrito de fecha 7 de noviembre de 2017 se interesó la unión al rollo de Sala de la sentencia del Tribunal Eclesiástico y del auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Guadalajara, sobre gastos ordinarios y extraordinarios .Mediante providencia del día 8 de noviembre de 2017, se tuvo en cuenta dicha aportación y se dejó su valoración a la sentencia.

OCTAVO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de enero de 2018, en que tuvo lugar



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula un doble recuso: extraordinario por infracción procesal y de casación. Ambos traen causa de una demanda de divorcio que estableció, entre otras medidas, la guarda y custodia del hijo menor (nacido en el año 2000 y con una discapacidad de un 53%), en favor de la madre; la determinación de alimentos en la cantidad de 100 euros mensuales y la fijación del importe de una pensión compensatoria en favor de la esposa de 100 euros al mes, atendiendo a las circunstancias concurrentes, con carácter indefinido.

Las tres medidas han sido cuestionadas en ambos recursos por las razones que se irán analizando al resolverlos.

Recuso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Se formulan cuatro motivos, por infracción del artículo 24 CE, por error en la valoración de la prueba, en relación con el artículo 97; por indebida denegación de la prueba efectuada en la segunda instancia a la vista de nuevos datos (artículo 752 LEC), por incongruencia *extra petitum*, en relación con los artículos 96 y 33 del CC, y por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, en concreto del artículo 218 LEC.

Ninguno de ellos puede ser admitido.

1. Lo que se plantea realmente es la reconsideración completa por esta sala de todo el material, tanto fáctico como jurídico, de la sentencia recurrida, mediante la denuncia de infracción de una norma procesal y otras sustantivas, ajenas estas últimas a este recuso. Olvida el recurrente que el recurso extraordinario no es una tercera instancia en la que se pueda volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio, que es lo que en definitiva se pretende (sentencia 445/2014, de 4 de septiembre). El hecho de que el juicio del tribunal de apelación sobre la importancia relativa de unas y otras pruebas, la valoración de las mismas, las conclusiones fácticas que extrae de este proceso valorativo, y la mayor relevancia otorgada a unos u otros aspectos fácticos, no sea compartido por la parte recurrente, incluso que sea razonablemente discutible, no convierte en arbitraria ni errónea la revisión de la valoración de la prueba hecha por la Audiencia Provincial.

2. La sentencia es clara, precisa y congruente con la demanda y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Hace también las declaraciones que aquéllas requieren, como exige el artículo 218, y es congruente con la concesión de una pensión compensatoria, inferior a la solicitada.

3. Las pruebas sobre interrupción de las actividades extraescolares del menor y cumplimiento de un informe psicosocial, esta última para advenir que el recurrente ha tenido una mejora evolutiva en su situación personal o familiar, fueron denegadas mediante resolución motivada por el tribunal de apelación y son además unas pruebas que carecen de relevancia en el sentido del fallo, en razón al criterio que sustenta la guarda y custodia exclusiva del hijo por la madre, como se analizará al volver sobre este extremo en la casación.

4. El hecho de que la esposa solicitara en la demanda que se adjudique la vivienda familiar al menor, en compañía de su hermana y su madre y que el juzgado atribuya el uso a la madre y el hijo, sin más explicaciones, resulta absolutamente irrelevante en la inteligencia y valoración de lo que se está expresando al amparo del artículo 96 del CC y cualquier duda sobre el particular, se aclaró en auto complementario o aclaratorio de la sentencia.

Recurso de casación.

TERCERO.- Se formulan cuatro motivos en la forma que ha sido recogido en los antecedentes de hecho de la sentencia. Se refieren a la guarda y custodia exclusiva del hijo por la madre; a la vivienda familiar y a los alimentos del hijo, en el caso de adoptarse la guarda y custodia compartida, y a la pensión compensatoria.

Se desestiman los tres primeros motivos.

1. Las especialidades del derecho de familia han llevado a la fijación por esta sala de una doctrina jurisprudencial consolidada que excluye que el recurso de casación pueda convertirse en una tercera instancia como así lo expresa la sentencia de 29 de marzo de 2016 :

«(...)Es doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre, 623/2009, de 8 octubre, 469/2011, de 7 julio, 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo, 579/2011, de 22 julio, 578/2011, de 21 julio, 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012, citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la



determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia(..)».

Esta doctrina determina que el primer motivo carezca manifiestamente de fundamento. La sentencia en ningún caso incumple el mandato legal de adoptar las medidas que sean más favorables al interés del hijo discapacitado y, en consecuencia, no vulnera la doctrina jurisprudencial al respecto.

Es cierto que en el presente caso la custodia compartida que se pretende es la de un menor, de casi 18 años de edad, con una discapacidad reconocida de un 53%, que cumplida la mayoría de edad podrá prorrogarse o no la patria potestad o fijarse únicamente las medidas de apoyo que sean convenientes a su interés, conforme a la Convención de Nueva York sobre derechos de las personas con discapacidad.

Ocurre que estos datos han sido tenidos en cuenta tanto en la sentencia dictada en primera instancia como en la recurrida en casación, que la deniegan en base al principio del interés del menor. El Juez constata, dice la sentencia recurrida, «y no se cuestiona que estamos ante una relación conflictiva entre los progenitores, pero lo cierto es que junto a lo anterior, el juez considera que la guarda y custodia la debe ejercer la madre por ser la progenitora de referencia y como afirma el Ministerio Fiscal, el interés del menor deber primar cuando afirma "nos encontramos ante un menor con una discapacidad del 53%, dependiente de forma definitiva. El padre no es inidóneo para atender al menor, y el menor necesita relacionarse con él para un mejor desarrollo de su personalidad y una vida más plena con la fundamental e insustituible aportación que supone la figura paterna, motivo por el cual se establece un régimen ordinario de visitas y estancias vacacionales que permitan tal relación paterno filial. Ahora bien, distintas son las necesidades cotidianas y de rutinas que necesita un menor discapaz para su vida diaria..." ».

Parece acertado, añade la sentencia, «atendiendo a las circunstancias personales del menor, su relación con la hermana mayor y la referencia materna que se ha mantenido desde las medidas provisionales, encomendar la guarda y custodia a la madre, pues con ello no solo se propicia una estabilidad y referencia para el menor, sino también el mantener al mismo alejado de los conflictos y tensiones entre los progenitores, para de esta manera evitar que los mismo afecte a su estabilidad personal».

Desde la perspectiva del interés del menor, la guarda y custodia de la madre es lo más beneficioso para aquel, sin que el hecho de que en un determinado momento la madre haya podido interrumpir las actividades extraescolares del menor o que el padre tenga una estabilidad personal en su nuevo entorno, afecten a esta medida. Tampoco resulta relevante a estos efectos la sentencia que se ha incorporado al rollo de esta sala del Tribunal Eclesiástico de la Diócesis de Sigüenza- Guadalajara de 2 de agosto de 2017, en la que se decreta la nulidad del matrimonio contraído entre ambos litigantes porque «en el momento del matrimonio, la esposa no era capaz de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica».

Esta sala no va a revisar el acierto o desacierto de esta resolución que ha servido para declarar la nulidad de un matrimonio contraído en el año 1993, que ha durado más de veinte años. Lo que si constata es que su contenido no permite valorar de una forma distinta el mejor interés del menor-discapacitado. El matrimonio tuvo dos hijos, uno de ellos mayor de edad en estos momentos, y en ningún caso consta que la situación advertida en la sentencia citada haya incidido negativamente en el cuidado y desarrollo de ambos. Hacerlo supondría dejar sin efecto lo resuelto en las sentencias dictadas en esta jurisdicción en lo que hace a la valoración y apreciación de la prueba, para atribuírselo a la citada sentencia dictada en el ámbito que es propio.

Sucede lo mismo con el otro dato de prueba que, como la anterior, se aporta para «valorar la admisibilidad de la prueba planteada por esta parte y/o, en su defecto, la decisión a tomar en relación al menor-discapacitado, dadas las especiales características del caso, así como del menor y de su progenitora». Se trata de una resolución judicial dictada para resolver sobre la naturaleza de un gasto, como ordinario o extraordinario, que ni es firme ni sirve a estos fines, antes al contrario, demuestran la voluntad de la madre de defender los intereses alimenticios del niño frente a quien debe prestarlos.

2. Consecuencia de la desestimación del primer motivo de casación formulado es la del segundo (vivienda familiar) y la del tercero (alimentos) toda vez que rechazado aquel deben permanecer estas cuestiones en la forma en que fueron resueltas en la sentencia recurrida.

QUINTO.- También se desestima el cuarto motivo sobre pensión compensatoria. Se reitera en este como en los anteriores motivos, que el recurso de casación no es una tercera instancia y que su finalidad es la fijación o unificación de la jurisprudencia en la interpretación de la norma, de forma que si se respetan los hechos acreditados, la sentencia no se opone a la jurisprudencia de la Sala.

Este es el caso. Las sentencias dictadas en ambas instancias tienen por acreditada la existencia de desequilibrio, con origen en esa mayor dedicación de la esposa a la familia y a los hijos, constando que, después de la valoración de la prueba, tiene en cuenta los factores del art. 97 CC : que el matrimonio se contrajo



en el año 1993; que la convivencia matrimonial se mantuvo hasta 2013, que ambos cónyuges acordaron que el esposo desempeñara su ocupación laboral, quedando la esposa encargada del cuidado de los hijos y de las labores domésticas, sin haber desempeñado actividad durante estos años, careciendo de cualificación profesional titulada o acreditada.

Con estos datos establece una pensión compensatoria de 100 euros al mes que debe mantenerse con el carácter indefinido que fija la sentencia. Sin duda la esposa, nacida el NUM002 de 1968, podrá trabajar, y deberá trabajar necesariamente dada la pensión que recibe, pero con las dificultades propias de la edad y de la atención del hijo. Sin duda es también titular de un patrimonio ganancial, el mismo que su esposo, que le permitirá reinvertirlo en las necesidades propias que conlleva la ruptura y hacer posible durante algún tiempo su manutención, pero eso no es suficiente para constreñir la compensación aun determinado periodo.

Es cierto que la transformación de la pensión vitalicia en temporal puede venir dada por la idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico, y, alcanzarse por tanto la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que va a ser factible la superación de este desequilibrio en función de los factores concurrentes, juicio prospectivo para el cual el órgano judicial ha de actuar con prudencia y ponderación, con criterios de certidumbre, pues a ella se refiere reiterada jurisprudencia de esta Sala (SSTS 27 de junio 2011, 23 de octubre de 2012, 6 de noviembre 2017, entre otras), y que solo es posible revisar en casación cuando se muestra como ilógico o irracional, o cuando se asienta en parámetros distintos de los apuntados por la jurisprudencia, lo que no ocurre en este caso.

SEXTO.- La desestimación de ambos recursos, determina la imposición de las costas a la parte recurrente, tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1, en relación con el artículo 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la representación legal de don Ildefonso, contra la sentencia dictada la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª de fecha 15 de diciembre de 2017; con expresa imposición de las costas al recurrente.

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.