



Roj: **STS 3124/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3124**

Id Cendoj: **28079110012016100429**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2016**

Nº de Recurso: **1577/2015**

Nº de Resolución: **431/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 744/2013,**  
**STS 3124/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 27 de junio de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de divorcio contencioso n.º 9/2013, seguidos ante el Juzgado de Violencia de Género n.º 3 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Guillerma, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Roberto de Hoyos Mencía; siendo parte recurrida don Roman, representado por el Procurador de los Tribunales don Ángel Codosero Rodríguez. 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 Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en nombre y representación de don Roman, interpuso demanda de divorcio, contra doña Guillerma y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1.-RESPECTO AL MATRIMONIO DE LAS PARTES

» Se decrete la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre D Roman y Dña Guillerma, revocándose los poderes y consentimientos otorgados y remitiéndose el oportuno oficio al Registro Civil de Sigüenza para la anotación de la sentencia.

» 2- RESPECTO A LA PATRIA POTESTAD Y LA GUARDA Y CUSTODIA DEL MENOR, Brigida .

» La patria potestad será compartida por ambos progenitores, asumiendo el Sr Roman la guarda y custodia de la menor, Brigida .

» El progenitor que decida salir del ámbito de la Comunidad de Madrid Junto con la menor habrá de notificarlo fehacientemente al otro progenitor, en aras del Correcto ejercicio de la patria potestad de Brigida .

» No obstante, si tras el resultado de la prueba practicada resultase que el Sistema de custodia que mejor protege el bienestar de Brigida es la custodia compartida, D Roman se avendría al mismo en los términos que resultaren según el acervo probatorio obrante en autos, si bien se considera adecuado, en atención a la edad de Brigida, que el régimen de alternancia convivencial sea semanal, de viernes a viernes y realizándose

los intercambios en la guardería a la que acudiera Brigida si fuera el caso o, en su defecto, en el domicilio del progenitor.

» 3.-RÉGIMEN DE ESTANCIAS DE LA MENOR CON LA PROGENITORA NO CUSTODIA.

» Fines de semana alternos desde el viernes a las 16.00 horas (cuando la menor acuda a la guardería, desde que finalice la jornada escolar), hasta el lunes la mañana, reintegrando a Brigida a dicho centro escolar cuando acuda al no o las 20.30 horas del domingo mientras no asista a guardería, así como dos días entre semana, que tendrían que ser los martes y los jueves con la correspondiente pernocta si asiste a guardería o desde las 16.00 horas y hasta 20.30 horas hasta que asista a centro docente alguno, recogiendo y reintegrando a Brigida en el domicilio paterno sito en Madrid.

» En caso de puente o festividad que pueda anexionarse al fin de semana, el mismo se ampliará por la duración de este, siendo disfrutado por el progenitor que tenga atribuido dicho fin de semana.

» Respecto a los días de especial consideración, deberá establecerse lo siguiente, con independencia del sistema antes indicado

» El Día de la Madre y el cumpleaños de ésta Brigida estará en compañía de la Sra. Guillerma , con la correspondiente pernocta

» El Día del Padre y el cumpleaños de éste Brigida estará en compañía del Sr. Roman , con la correspondiente pernocta.

» Los cumpleaños de Brigida serán disfrutados por el padre los años pares y por la madre años impares.

» Cuando sea posible, el padre o la madre podrán comunicarse con su hija por Cualquier método telemático (teléfono, correo electrónico, videoconferencia, etc.) o por correo postal, cuando sea posible y lo estime conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo cte la vida de Brigida .

» 4 RÉGIMEN DE VACACIONES

» Los diferentes períodos vacacionales escolares de Brigida se disfrutarán por los progenitores de la siguiente manera:

»1-. Vacaciones de Navidad:

» Primer período: desde las 10.00 horas del día siguiente a la finalización del colegio hasta el día 30 de Diciembre a las 10.00 horas.

» Segundo período: desde el día 30 de Diciembre a las 10.00 horas hasta las 20.00 horas del día inmediatamente anterior al inicio de las actividades escolares. El primer período corresponder a la madre los años pares y al padre los años impares.

» 2-. Vacaciones de Semana Santa

»Primer período: desde el jueves o viernes a la finalización del colegio hasta el Miércoles Santo a las 20:30 .

» Segundo período: desde Miércoles Santo a las 20:30 h hasta las 20.00 horas del día inmediatamente anterior al inicio de las actividades escolares.

» El primer período corresponderá a la madre los años impares y al padre los años pares.

«3-. Vacaciones de Verano: por su especial duración (finales de junio a principios de septiembre), se distribuirán (salvo pacto en contrario) por quincenas en lo relativo a los meses de julio y agosto, correspondiendo las primeras quincenas los años pares a la madre y los años impares al padre. Respecto a los días no lectivos de junio y septiembre, junio corresponderá a la madre los años pares y septiembre al padre, alternándose en los años impares (junio padre, septiembre madre).

» Las entregas y recogidas de Brigida se efectuarán por el progenitor que comience su período en el domicilio del otro a las 20.00 horas del último día de cada período.

» El primer fin de semana inmediatamente posterior a cada vacación será disfrutado por el progenitor que no haya tenido a Brigida el último período vacacional de que se trate.

» RÉGIMEN DE ALIMENTOS

» La Sra Guillerma abonará una pensión alimenticia a favor de su hija Brigida . por importe de 350-€ mensuales, ingresándose la cantidad en cuestión dentro los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que se designe por Sr. Roman . Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme a las variaciones que



experimente el índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que legalmente le sustituya, practicándose la actualización a fecha 1 de enero.

» Los gastos extraordinarios no necesarios de Brigida , acordados expresamente de común acuerdo, se pagarán por mitad entre ambos progenitores. Se entenderán como gastos extraordinarios no necesarios los derivados de actividades extraescolares, educativas o lúdicas no necesarias para el niño. En caso de discrepancia respecto al pago, el gasto será asumido íntegramente por el progenitor que haya decidido que el menor debe desarrollar la actividad de que se trate.

» Respecto a los gastos extraordinarios necesarios, los mismos serán satisfechos por mitades sin que sea preciso acuerdo entre los progenitores y previa justificación, enumerándose a título ejemplificativo como tales los gastos de enfermedad, farmacéuticos, ortopédicos, de ortodoncia y ópticos, así como cualquier operación quirúrgica, siempre que estos no se encuentren cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados o afiliados los progenitores o el menor.

#### OTRAS CUESTIONES

« Además de todo lo anterior, la sentencia que recaiga en los presentes autos, habrá de contener la mención específica de que ambos progenitores habrán de recibir, tanto del centro escolar como del pediatra de la menor, toda aquella información que soliciten en relación a su hijo.

» El régimen de estancias, vacacionales, alimentos y gastos extraordinarios se aplicará en todo caso y con independencia de cual e los progenitores sea designado como progenitor custodio.

» No se podrá impedir, en modo alguno, la comunicación de los progenitores con el menor o viceversa, con independencia de quien adopte la iniciativa y del medio de comunicación».

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.

2.- La procuradora doña Cecilia Barroso Rodríguez, en nombre y representación de doña Guillerma , 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:

«A) Se decrete la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre D. Roman y Da Guillerma , revocándose los poderes y consentimientos otorgados y remitiéndose el oportuno oficio al Registro Civil de Sigüenza para la anotación de la Sentencia.

» B) Respecto a la PATRIA POTESTAD, será compartida por ambos progenitores

» C) La atribución de la guarda y custodia a favor de la madre, todo ello en base a cuanto se ha dejado expuesto a lo largo de nuestro escrito de contestación y oposición a la demanda y fondo jurídico de la misma.

» D) Atribución del domicilio familiar sito en la CARRETERA000 a DIRECCION000 n° NUM000 , NUM001 , bloque NUM002 , 28021 de Madrid a la hija menor habida en el matrimonio, en compañía de su madre.

» Todo ello a tenor de cuanto se ha expuesto en los hechos de contestación y oposición a la demanda y fondo jurídico de la misma, en el sentido de que dicho inmueble era el domicilio familiar en el que vivían madre e hija hasta que fueron expulsadas del mismo por el Sr. Roman y de conformidad con la Jurisprudencia dictada en supuestos como el aquí enjuiciado.

» E) Régimen de estancia de la menor con el padre. DADA LA TIERNA EDAD (10 meses) DE LA HIJA habida en el matrimonio, Brigida , esta parte solícita, sin perjuicio de que lo concretará también en el Suplico de la demanda, que se establezca un régimen de visitas que no incluya pernocta, debiéndose fijar por tanto, que el padre podrá tener en su compañía a su hija DOS TARDES A LA SEMANA, martes y jueves, desde las 17:00 a las 19:00 horas.

Y CUANDO LA MENOR ALCANCE LA EDAD DE TRES AÑOS, se establecerá un régimen de visitas con pernocta desde los viernes a las 19:00 horas hasta el domingo a las 19:00 horas y un día a la semana, los martes, desde las 17:00 a las 19:00 horas.

#### VACACIONES.

«Vacaciones de verano.- Por su especial duración, finales de junio a principios de septiembre, habrán de realizarse por períodos QUINCE DIAS, correspondiendo la primera quincena de los años pares a la madre y los años impares, al padre. 26 Vacaciones es de Semana Santa o Semana Blanca.- Deberán dividirse por mitad

conforme al Calendario Escolar aplicable en la provincia y en caso de desacuerdo, la madre los años pares y el padre, los impares. Vacaciones de Navidad.- Deberá dividirse en dos períodos:

» Período, desde el primer día de las vacaciones escolares, hasta el 30 de diciembre, a las 20:00 horas. 2º período, desde el día 30 de diciembre al último día de vacaciones, a las 20:00 horas.

Correspondiendo el primer período de los años pares a la madre y al padre, los impares.

» En cuanto al CUMPLEAÑOS DE LA NIÑA Y DÍA DE REYES, los progenitores podrán pasar mediodía cada uno de ellos con la menor, eligiendo la mitad del día el progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de la menor.

» En cuanto al DÍA DEL PADRE Y DÍA DEL CUMPLEAÑOS DEL PADRE, los pasará con el mismo, de ser festivos; lo mismo se aplicará respecto al DIA DE LA MADRE Y EL CUMPLEAÑOS DE LA MADRE.

» La menor será entregada el domicilio materno conforme a los horarios señalados.

» F) ALIMENTOS DE LA MENOR Teniendo en cuenta la documentación que se aporta de contrario, los emolumentos que percibe anualmente el actor ascenderían a 52.233,11.-€, a los que habría que añadir los ingresos que percibe por el alquiler de determinados bienes inmuebles (plazas de garaje), cuya suma superaría los 4.000.-€, lo que haría un total de 56. 233, 11.-€. Pues bien, teniendo en cuenta dichos ingresos, debe quedar fijada la pensión que por alimentos debe pasar el padre a la menor en la cantidad de 600.-€ (SEISCIENTOS EUROS MENSUALES).

» G) GASTOS EXTRAORDINARIOS.

» Respecto a los gastos extraordinarios no necesarios de Brigida , acordados expresamente de mutuo acuerdo, se pagarán por mitad entre ambos progenitores. Se entenderán como gastos extraordinarios no necesarios los derivados de actividades lúdicas no necesarias los derivados de actividades extraescolares, educativas o lúdicas no necesarias para el niño. En caso de discrepancia respecto al pago, el gasto será asumido íntegramente por el progenitor que haya decidido que el menor debe desarrollar la actividad de que se trate.

27 respecto a los gastos extraordinarios necesarios, los mismos serán satisfechos . mitades sin que sea preciso acuerdo entre los progenitores y previa justificación, a título ejemplificativo como tales, los gastos de enfermedad, farmacéuticos, ortopédicos, de ortodoncia y ópticos; así como cualquier operación quirúrgica, siempre que estos no se encuentren cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados o afiliados los progenitores o el menor.

» H) CON CARÁCTER SUBSIDIARIO. el supuesto caso de que no se atribuyese el domicilio familiar a la hija menor habida en el matrimonio en compañía de su madre, esta parte solicita el padre haga frente a los gastos de alquiler del apartamento en el que ven actualmente madre e hija y que constituiría el domicilio familiar de las, agua y electricidad, cuyo montante asciende a OCHOCIENTOS CUARENTA EUROS (840,00.-€), más el 50% de los gastos de guardería, es decir, DOSCIENTOS VEINTE EUROS (220,00.-€). Todo ello con expresa imposición de costas a la contraparte.

» A) Se decrete la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre D. Roman y Doña Guillerma , revocándose los poderes y consentimientos otorgados y remitiéndose el oportuno oficio al Registro Civil de Sigüenza para la anotación de la Sentencia.

» B) Respecto a la PATRIA POTESTAD, será compartida por ambos progenitores.

» C) La atribución de la guarda y custodia a favor de la madre, todo ello en base a cuanto se ha dejado expuesto a lo largo de nuestro escrito de contestación y oposición a la demanda y fondo jurídico de la misma.

» D) Atribución del domicilio familiar sito en la CARRETERA000 a DIRECCION000 n° NUM000 , NUM001 , bloque NUM002 , 28021 de Madrid, a la hija menor habida en el matrimonio, en compañía de su madre.

» Todo ello a tenor de cuanto se ha expuesto en los hechos de contestación y oposición a la demanda y fondo jurídico de la misma, en el sentido de que dicho inmueble era el domicilio familiar en el que vivían madre e hija hasta que fueron expulsadas del mismo por el Sr. Roman y de conformidad con la Jurisprudencia dictada en supuestos como el aquí enjuiciado.

» E) Régimen de estancia de la menor con el padre. DADA LA TIERNA EDAD (10 meses) DE LA HIJA habida en el matrimonio, Brigida , esta parte solícita, sin perjuicio de que lo concretará también en el Suplico de la demanda, que se establezca un régimen de visitas que no incluya pernocta, debiéndose fijar por tanto, que el padre podrá tener en su compañía a su hija DOS TARDES A LA SEMANA, martes y jueves, desde las 17:00 a las 19:00 horas. Y CUANDO LA MENOR ALCANCE LA EDAD DE TRES AÑOS, se establecerá un régimen de visitas



con pernocta desde los viernes a las 19:00 horas hasta el domingo a las 19:00 horas y un día a la semana, los martes, desde las 17:00 a las 19:00 horas.

#### VACACIONES.

«Vacaciones de verano.- Por su especial duración, finales de junio a principios de septiembre, habrán de realizarse por períodos QUINCE DIAS, correspondiendo la primera quincena de los años pares a la madre y los años impares, al padre.

» Vacaciones de Semana Santa o Semana Blanca.- Deberán dividirse por mitad conforme al Calendario Escolar aplicable en la provincia y en caso de desacuerdo, la madre los años pares y el padre, los impares. Vacaciones de Navidad.- Deberá dividirse en dos períodos: o período, desde el primer día de las vacaciones escolares, hasta el 30 de diciembre, a las 20:00 horas. 2º período, desde el día 30 de diciembre al último día de vacaciones, a las 20:00 horas. Correspondiendo el primer período de los años pares a la madre y al padre, los impares.

» En cuanto al CUMPLEAÑOS DE LA NIÑA Y DÍA DE REYES, los progenitores podrán pasar mediodía cada uno de ellos con la menor, eligiendo la mitad del día el progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de la menor.

» En cuanto al DÍA DEL PADRE Y DÍA DEL CUMPLEAÑOS DEL PADRE, los pasará con el mismo, de ser festivos; lo mismo se aplicará respecto al DIA DE LA MADRE Y EL CUMPLEAÑOS DE LA MADRE.

»La menor será entregada el domicilio materno conforme a los horarios señalados.

#### » F) ALIMENTOS DE LA MENOR.

»Teniendo en cuenta la documentación que se aporta de contrario, los emolumentos que percibe anualmente el actor ascenderían a 52.233,11.-€, a los que habría que añadir los ingresos que percibe por el alquiler de determinados bienes inmuebles (plazas de garaje), cuya suma superaría los 4.000.-€, lo que haría un total de 56.233,11 €. Pues bien, teniendo en cuenta dichos ingresos, debe quedar fijada la pensión que por alimentos debe pasar el padre a la menor en la cantidad de 600.-€ (SEISCIENTOS EUROS MENSUALES).

#### » G) GASTOS EXTRAORDINARIOS.

» Respecto a los gastos extraordinarios no necesarios de Brigida , acordados expresamente de mutuo acuerdo, se pagarán por mitad entre ambos progenitores.Se entenderán como gastos extraordinarios no necesarios los derivados de actividades lúdicas no necesarias los derivados de actividades extraescolares, educativas o lúdicas no necesarias para el niño. En caso de discrepancia respecto al pago, el gasto será asumido íntegramente por el progenitor que haya decidido que el menor debe desarrollar la actividad de que se trate.

27 aspecto a los gastos extraordinarios necesarios, los mismos serán satisfechos . mitades sin que sea preciso acuerdo entre los progenitores y previa justificación, a título ejemplificativo como tales, los gastos de enfermedad, farmacéuticos, ortopédicos, de ortodoncia y ópticos; así como cualquier operación quirúrgica, siempre que estos no se encuentren cubiertos por la Seguridad Social o por cualquier r otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados o afiliados los progenitores o el menor.

» H) CON CARÁCTER SUBSIDIARIO en el supuesto caso de que no se atribuyese el domicilio familiar a la hija menor habida en el matrimonio en compañía de su madre, esta parte solicita el padre haga frente a los gastos de alquiler del apartamento en el que ven actualmente madre e hija y que constituiría el domicilio familiar de las, agua y electricidad, cuyo montante asciende a OCHOCIENTOS CUARENTA EUROS (840,00.-€), más el 50% de los gastos de guardería, es de DOSCIENTOS VEINTE EUROS (220,00.-€). Todo ello con expresa imposición de costas a la contraparte».

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Violencia de Genero n.º 3 de Madrid dictó sentencia con fecha 23 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por la representación de Don Roman contra Doña Guillerma , debo declarar y declaro disuelto por causa de divorcio el matrimonio formado por D Roman Y DOÑA Guillerma con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y en concreto en relación a los hijos menores las siguientes:

» 1- La descendiente común, Brigida , se mantendrá bajo la guarda custodia de la madre, DÑA Guillerma , quedando compartida la patria potestad.

» 2- Se establece en concepto de régimen de visitas, el consistente en que el padre deberá estar en compañía de la menor los fines de semana alternos desde la salida de la guardería o del colegio o actividad extraescolar hasta el lunes deberá reincorporar el padre a la niña al centro escolar, como un día intersemanal con pernocta,



en defecto de acuerdo los miércoles, en que el padre recogerá a la menor en la guardería, centro escolar o actividad extraescolar y reintegrará la menor al día siguiente en el centro escolar, la mitad de las fiestas intersemanales, y de las vacaciones de verano, navidad y semana santa, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares

» 3.- D Roman deberá satisfacer en concepto de alimentos para su hija la suma de 650 euros mensuales en la cuenta que designe la actora en los cinco primeros días de cada mes, suma que se actualizará anualmente conforme al IPC publicado por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADISTICA o el que legalmente le sustituya, así como la mitad de los gastos extraordinarios del menor, previo acuerdo de los progenitores».

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Roman . La Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

« Que estimando en parte el recurso formulado por la representación procesal de don Roman , y desestimando el recurso de doña Guillerma contra la Sentencia dictada en fecha 23 de enero de 2014, por el Juzgado de la Mujer nº 3 de Madrid, en autos de divorcio, seguidos bajo el nº 9/13, entre litigantes debemos revocar y revocamos la resolución recurrida, y en su lugar debemos acordamos las aclaraciones efectuadas y la siguiente medida:

» 1.º Además del régimen de estancias y visitas establecido en la sentencia de 23 de enero de 2014, que se mantiene íntegramente, la menor estará con su padre en la semana que no le ha correspondido el fin de semana estar con él, otra tarde a la semana también con pernocta recogiendo a la menor del colegio y reintegrándola al centro escolar a la mañana siguiente, en caso de no tener otro acuerdo las partes se realizará los lunes, de las semanas alternas.

» 2º Se mantienen las restantes medidas acordadas en la sentencia, con las aclaraciones efectuadas en la presente resolución, respecto de la patria potestad, y de la fecha desde la que se ha de abonar la pensión alimenticia.

» Sin hacer imposición de las costas procesales causadas a ninguna de las partes recurrentes.

» Una vez firme esta resolución, por el Organo a quo, devuélvase al Sr. Roman el depósito constituido para esta alzada, y dese al depósito constituido por la Sra. Guillerma su destino legal».

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de doña Guillerma , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo del artículo 469.4, por vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE , en el caso que nos ocupa por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por valoración de la prueba de forma ilógica (dicho sea con absoluto y extremo respeto y en ánimo de estricta defensa en contra del principio de favor filii).

También formuló recurso de casación basado en los siguientes Motivos: Primero.- Al amparo del artículo 477.1. de la LEC por vulneración del favor filii. Segundo.- Al amparo del artículo 477.3 pues la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del **Tribunal Supremo** o resuelva puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales. Se alega la infracción del artículo 92 del CC en su redacción dada por la Ley 15/2005 de 8 de julio, justificando la existencia de interés casacional por tratarse de una norma cuya vigencia es inferior a cinco años.

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 16 de diciembre de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Angel Francisco Codosero Rodríguez, en nombre y representación de don Roman presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la revocación de la sentencia dictada con por Audiencia Provincial de Madrid Sección 22º.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 8 de junio de 2016, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna la sentencia de la Audiencia Provincial para que se supriman las pernoctas intersemanales de la hija menor del matrimonio, nacida el día NUM003 de 2010, con su padre, don Roman .



La impugnación se realiza a través de un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación. En ambos recursos, el argumento fundamental por el que se interesa la anulación y casación de la sentencia viene determinado por la sentencia dictada por el Juzgado Penal nº 33 de Madrid el día 26 de marzo de 2015 en la que se condena sr Roman como autor responsable de un delito de lesiones en el ámbito familiar con pena de prisión, orden de alejamiento y prohibición de comunicarse con su ex esposa; sentencia que también tuvo en cuenta el Ministerio Fiscal para interesar la estimación del recurso.

Ocurre, sin embargo, que dicha sentencia ha sido revocada por la Sección 26 de la Audiencia Provincial de Madrid (sentencia 1 de octubre de 2015 ) como consecuencia, ha absuelto a dicha persona del delito por el que resultó condenado.

Y siendo ello así nada hay de arbitrario o ilógico en la valoración de la prueba, como se argumenta en el primer motivo del recurso por infracción procesal, puesto que más allá de la existencia de un procedimiento penal subyacente entre las partes por maltrato familiar cuando se dicta la sentencia, nada se la puede reprochar sobre la valoración de la prueba. Antes al contrario, para decidir sobre la custodia, tiene en cuenta el hecho de que ambas partes se encuentran imputadas en un procedimiento penal por un delito de mutuo maltrato del artículo 153 del Código Penal , negando la posibilidad de que esta sea compartida puesto que, de otra forma, señala hubiera sido seguramente lo procedente.

Esta Sala ha reiterado que la valoración de la prueba es función de las instancias, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del artículo 469.1 LEC , basado en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( SSTS de 18 de junio de 2009 ; 13 de abril de 2010 ; 8 de julio y 30 de marzo de 2010 y 8 de octubre y 11 noviembre 2013 , 20 de abril 2016 entre otras). Pretender revocar la medida por el alto índice de conflictividad existente entre los progenitores, nada tiene que ver con la valoración de la prueba (los hechos son lo que son), sino con la oportunidad de mantener la medida acordada, y ello no es propio de este recurso sino del de casación.

**SEGUNDO.-** Lo mismo sucede con el otro recurso en el que no se advierte infracción del artículo 39 CE ni del artículo 92 del CC . Y es que, con independencia de que no se justifica el interés casacional; de que no estamos ante una norma de vigencia inferior a cinco años porque la Ley 15/2005, de 8 de julio, que reformó el artículo 92 del CC , se publicó en el BOE el 9 de julio de 2005 y entró en vigor al día siguiente; de que solo se cita una sentencia de esta Sala y de que no se formula de manera correcta la contradicción de sentencias de Audiencias Provinciales, esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre ( SSTS 579/2011, de 22 julio ; 578/2011, de 21 julio y 641/2011, de 27 septiembre , entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados para adoptar la medida que ahora se cuestiona no son contrarios al interés de la hija, sino todo lo contrario, ha valorado la prueba documental, los interrogatorios de las partes y las dos periciales practicadas, y ha tenido además en cuenta la edad de la menor, la importancia que en este edad tiene la relación continuada y frecuente con los dos progenitores para un correcto desarrollo de su personalidad, y todas aquellas otras circunstancias que pueden ser determinantes para adoptar la medida que más interesa a la menor, como la distancia entre los domicilios de ambos progenitores, su idoneidad para cuidar y atender a la niña en todas sus necesidades y ha resuelto en función de este mayor beneficio para la niña.

**TERCERO.-** A tenor de lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC , en relación con el artículo 394.1 de la misma Ley , las costas de ambos recursos se imponen a la parte recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar los recursos formulados por doña Guillerma contra la sentencia dictada el 3 de marzo de 2015 por la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid ; con expresa imposición de las costas a la recurrente.

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

Así se acuerda y firma.