

Roj: STS 3900/2014
Id Cendoj: 28079110012014100490
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2260/2013
Nº de Resolución: 515/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de San Sebastian, como consecuencia de autos de juicio de divorcio nº 315/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Tolosa, cuyos recursos fueron preparados ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Elisabeth , la procuradora doña Maria Luisa Estrugo Lozano y la procuradora doña Ana Lázaro Gogorza, en nombre y representación de don Gabino .Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La procuradora doña Ana Ros Noriega, en nombre y representación de doña Elisabeth interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Gabino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

1) Se atribuya la guarda y custodia de los hijos menores a la madre DÑA. Elisabeth , siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2) Se establezca a favor del progenitor no custodio D. Gabino el siguiente régimen de visitas.

Fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo. Subsidiariamente, desde las 19:30 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, por mejor ajuste a los horarios laborales y disponibilidad horaria de ambos progenitores.

En caso de que viernes o lunes de ese fin de semana fuere festivo, le corresponderá éste al SR. Gabino , en el mismo horario antes indicado.

Dos tardes entre semana, martes y jueves, desde la salida de la ikastola o, en su defecto, a las 17:00 horas hasta las 19:30 horas, cuando el progenitor trabaje en turno de mañana; o dos mañanas, martes y jueves, encargándose de llevar y recoger al mediodía del colegio a los menores, cuando el padre esté en relevo de tarde.

Navidad: división del período en dos partes, desde las 10 horas del primer día de vacaciones escolares hasta las 20 horas del 30 de diciembre; y desde ese momento hasta las 20 horas del día 7 de enero. En años pares comenzarán las vacaciones los niños con la madre y en los impares con el padre.

Semana Santa: división del período en dos semanas, desde las 10 horas del Lunes de la semana de Semana Santa hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección, y desde las 10 horas del Lunes de Pascua hasta las 20 horas del domingo víspera del inicio del curso escolar. En años pares comenzarán las vacaciones los niños con la madre y en los años impares con el padre.

Verano, división en seis períodos: a) desde las 10 horas del 1 de julio hasta las 20 horas del día 8 de julio, b) desde ese momento hasta las 20 horas del 15 de julio, c) desde ese momento hasta las 20 horas del 31 de julio, d) desde ese momento hasta las 20 horas del 16 de agosto, e) desde ese momento hasta las 20

horas del día 23 de agosto y o desde ese momento hasta las 20 horas del día 31 de agosto. En años pares comenzarán las vacaciones los niños con la madre y en los impares con el padre.

Durante los períodos vacacionales se interrumpirán las estancias y visitas de fin de semana, debiendo reanudarse el régimen ordinario de estancias de fines de semana alternos con el progenitor con quien no disfrutó el último período vacacional.

Los días de cumpleaños de los niños, ambos padres podrán disfrutar de la compañía de los menores.

Las entregas y recogidas de los menores se realizarán en el domicilio de los niños, pudiendo efectuarse a través de los familiares en sentido amplio de los padres.

En todo caso, ambos progenitores deberán permitir la adecuada comunicación de los menores para el otro cuando se encuentren disfrutando de su compañía.

Todo ello sin perjuicio de los acuerdos a que pudieren llegar los padres para la mejor adaptación a las distintas posibilidades y necesidades, atendiendo siempre prioritariamente al interés de los menores.

3) En concepto de pensión de alimentos se determine la cantidad de DOSCIENTOS TREINTA EUROS MENSUALES POR CADA HIJO, lo que hace un total de SEISCIENTOS NOVENTA EUROS MENSUALES, en la forma y condiciones que se estiman al uso, en el número de cuenta bancaria que para el efecto designa la madre, por entenderla más ajustada y proporcionada a los ingresos económicos del progenitor y a las necesidades de los menores (vivienda, alimentación, cuotas ikastola, vestido y calzado).

4) Además, del pago de la mitad de los gastos extraordinarios de los hijos en común. Tendrán la consideración de gastos extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguros privados (oculista, dentista, etc...), libros de texto, matrículas universitarias, de grado superior y postgrado así como actividades extraescolares que ambos acuerden

Respecto a todo lo relacionado con la salud tanto física como mental, docencia, educación, elección y cambios de colegio, actividades extraescolares y formativos varios (viajes, estancias fuera, deportes), los progenitores decidirán lo más beneficioso para los hijos.

Todos los gastos extraordinarios así como actividades extraescolares deberán acreditarse suficientemente y ser decididos y acordados por ambos progenitores o autorizados judicialmente, en caso de discrepancia, y siempre con carácter previo a realizarlos.

En caso de gastos urgentes de carácter necesario, bastará que se informe con posterioridad al otro progenitor si no fuera posible hacerlo previamente.

5) Se autorice el cambio de residencia de los menores junto con la progenitora custodia a la localidad de Tolosa por entenderse que no es una medida que perjudique a los hijos en la edad en la que están, ni ser considerado como una razón para un cambio de custodia.

6) En orden a la atribución de la vivienda familiar sita en Villabona, y para el caso de que se autorice a la progenitora custodia trasladarse a la localidad próxima de Tolosa, se acuerde que la misma pase a ser disfrutada por el esposo, por ser un bien de su exclusiva propiedad.

Subsidiariamente a lo anterior, y para el supuesto de no estimarse adecuado el cambio de residencia de los menores junto con la madre cuidadora a la localidad próxima de Tolosa, se autorice un cambio de domicilio de los menores en la misma localidad de Villabona pero en una zona y vivienda distinta de la que constituyó el domicilio familiar privativo del esposo: en ese caso, sería en régimen de alquiler, por lo que habría que establecer una cantidad superior a la anteriormente indicada en el n° 2, que incluya el alojamiento y' teniendo en cuenta los importes a que ascienden alquileres módicos en la zona de residencia o los precios de compra de nueva vivienda así como la actual situación económico patrimonial de los progenitores y las necesidades de los menores, se determine como pensión alimenticia la suma de TRESCIENTOS EUROS AL MES POR CADA HIJO, es decir, NOVECIENTOS EUROS POR LOS TRES.

En defecto de lo anterior, y si de ello dependiera la atribución de la guarda y custodia de los menores, para el caso de que se imponga la residencia permanente de los hijos en el domicilio familiar sito en el BARRIO000 n° NUM000 - NUM001 ., de Villabona, se solicita para ellos y la progenitora custodia Elisabeth el uso de la vivienda familiar estableciéndose en concepto de alimentos para los hijos el importe de DOSCIENTOS EUROS MENSUALES para cada uno de ellos, es decir, SEISCIENTOS EUROS POR LOS TRES, con determinación y concreción de los gastos del inmueble y la plaza de garaje que deba asumir cada

una de las partes, así como el criterio aplicable en caso de reparación o avería de los elementos privativos de la casa.

Sin imposición de costas.

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

2.- El procurador don Fernando Castro Mocochoa en nombre y representación de don Gabino , 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:

1).-Guarda y Custodia

Se solicita la instauración de un régimen de Custodia Compartida sucesiva, en los siguientes términos:

Este régimen de custodia compartida y sucesiva sería semanal, con los menores residiendo en el actual domicilio familiar, sito en BARRIO000 NUM000 , NUM001 ., debiendo ser los padres quienes entren y salgan de la vivienda, según que se recoge en la siguiente propuesta:

- Las semanas en que el padre está trabajando de mañanas, éste residiría en el domicilio familiar, entrando a las 20:00 horas del domingo, hasta las 20:00 horas del domingo siguiente. Durante esta semana, la madre podrá estar dos días entre semana con los hijos menores desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, en que llevará a los menores al domicilio familiar.

Durante la semana en que el padre trabaja en el de turno de tarde, sería la madre quien residiría en el domicilio familiar. Durante esta semana, el padre podrá llevar y recoger a los menores del colegio durante dos días entre semana.

-Los períodos vacacionales -Verano, Navidades y Semana Santa se repartirán por mitades entre ambos progenitores según la siguiente propuesta:

-Navidades 1º período, desde las 10 horas del primer día de vacaciones hasta las 20 horas del día 30 de diciembre.

2º período, desde las 20 horas del día 30 de diciembre, hasta las 20 horas del día anterior al inicio del curso.

El primer período vacacional corresponderá a aquel progenitor que no hubiera convivido con los menores la semana inmediatamente anterior a su inicio.

- Semana Santa 1º período, desde las 10 horas del primer día de Semana Santa, hasta las 10 horas del lunes siguiente.

2º período, desde las 10 horas de ese Lunes de Pascua, hasta las 20 horas del domingo siguiente.

El primer período vacacional corresponderá a aquel progenitor que no hubiera convivido con los menores la semana inmediatamente anterior a su inicio.

- Verano los días de vacación correspondientes a los meses de Junio y de Septiembre, se continuará con el régimen de custodia compartida general.

Los otros dos meses de verano, Julio y Agosto, se repartirán a partes iguales entre ambos progenitores. A falta de acuerdo, el mes de Julio corresponderá a aquel progenitor que no hubiera tenido a los menores en su compañía la semana inmediatamente anterior, y el mes de Agosto al otro progenitor.

Ambos padres contribuirán de forma equitativa a los gastos y cargas familiares, y mantendrán un régimen de comunicación entre ambos lo suficientemente amplio como para que les permita conocer la con la mayor exactitud posible la situación de los menores en aquellas semanas en que cada progenitor viva fuera del domicilio familiar. En su virtud, continuarán con la utilización de la cuenta en común que existe en la actualidad, y en la que ingresará cada progenitor la cantidad de 600 euros mensuales para los gastos de los menores, y que será administrada por ambos, justificándose al otro progenitor cada gasto que se realice.

- En caso de que no se implantara la custodia compartida y sucesiva, esta parte solicita que la guarda y custodia de los menores se atribuya al padre, siendo la patria potestad compartida por ambos.

En este supuesto, se propone el siguiente Régimen de Visitas para la madre:

- Fines de semana alternos, pudiendo pernoctar los menores con la madre, así como dos visitas entre semana, desde la salida del colegio hasta las 20 horas, en que deberá entregarlos en el domicilio de los menores.

- Vacaciones de Navidad. Los menores convivirán con su madre la primera parte de las vacaciones, esto es, desde la salida del colegio del último día escolar, hasta las 20 horas del día 30 de diciembre. El año siguiente lo harán en la segunda parte de las vacaciones, esto es, desde las 20 horas del día 30 de diciembre, hasta el día 06 de enero a las 20:00 horas, y así sucesivamente.

-Vacaciones de Semana Santa. Corresponderá una semana de estas vacaciones a cada progenitor, correspondiendo a la madre la segunda semana los años impares, y la primera los años pares.

-Vacaciones de Verano. Corresponderá a cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares de verano. Dicho período vacacional comprende desde su inicio en el mes de Junio, hasta el inicio del curso en el mes de Septiembre. De tal modo que a uno de los progenitores le corresponderá el período comprendido desde las 10 horas del primer día de vacaciones hasta las 10 horas del día 1 de Agosto, y al otro, desde ese momento hasta las 20 horas del día anterior al de inicio del curso. Corresponderá a la madre el primer período en los años impares, y al padre el primer período en los años pares.

Existirá siempre, con el progenitor que en ese momento no tenga la custodia, un régimen de comunicaciones amplio, siempre y cuando no interfiera las normales actividades de los menores y sus momentos de sueño.

- Pensiones de Alimentos: Dada el sustancial cambio habido en la situación laboral de la madre, las cantidades percibidas por esta por su ocupación laboral, y las elevadas probabilidades de contratación que tiene en Osakidetza (Doc. nº 24 de la demanda), esta parte entiende lo más adecuado que se fije una pensión de alimentos de 100 euros por cada uno de los hijos, lo que hace una cantidad mensual total de 300 euros.

- Los gastos extraordinarios se sufragarán al 50% entre ambos progenitores, siempre que los mismos hayan sido acordados entre ambos con anterioridad.

- Y si finalmente se atribuyera a la madre la guarda y custodia de los hijos menores -pronunciamiento que no solicitamos-, deberán dictarse las siguientes medidas:

- Residencia de los menores. En virtud de lo ya recogido en el presente escrito, se decretará la obligación de la madre de residir en el actual domicilio de los menores, sito en el BARRIO000 NUM000 , NUM001 . de Villabona.

Asimismo se fijará el siguiente Régimen de Visitas en favor del padre:

Entre semana: El recogido en el Auto de 06 de julio de 2012 de medidas provisionales previas.

-Vacaciones de Navidad. Los menores convivirán con su padre la segunda parte de las vacaciones, esto es, desde las 20 horas del día 30 de diciembre, hasta el último día de vacaciones a las 20:00 horas. Al año siguiente lo harán en el segundo período, esto es, de las 10 horas del primer día de vacaciones, hasta las 20 horas del día 30 de diciembre.

-Vacaciones de Semana Santa. Corresponderá una semana de estas vacaciones a cada progenitor, correspondiendo al padre la primera semana los años impares, y la segunda los años pares.

-Vacaciones de Verano. Corresponderá a cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares de verano. Dicho período vacacional comprende desde su inicio en el mes de Junio, hasta el inicio del curso en el mes de Septiembre. De tal modo que a uno de los progenitores le corresponderá el período comprendido desde las 10 horas del primer día de vacaciones hasta las 10 horas del día 1 de Agosto, y al otro, desde ese momento hasta las 20 horas del día anterior al de inicio del curso. Corresponderá a la madre el primer período en los años impares, y al padre el primer período en los años pares.

Existirá siempre, con el progenitor que en ese momento no tenga la custodia, un régimen de comunicaciones amplio, siempre y cuando no interfiera las normales actividades de los menores y sus momentos de sueño.

-Pensiones de Alimentos: Dado el sustancial cambio habido en la situación laboral de la madre, las cantidades percibidas por esta por su ocupación laboral, y las elevadas probabilidades de contratación que tiene en Osakidetza (Doc. nº 24 de la demanda), esta parte entiende lo más adecuado que se fije una pensión de alimentos de 100 euros por cada uno de los hijos, lo que hace una cantidad mensual total de 300 euros.

-Los gastos extraordinarios se sufragarán al 50% entre ambos progenitores, siempre que los mismos hayan sido acordados entre ambos con anterioridad.

-Asimismo, y dado lo ocurrido durante los últimos meses, se fijará la obligación para la madre de que, si cuando sea llamada para trabajar se ve en la obligación de dejar a los hijos con alguna persona adulta (es decir, en aquellos horarios en que los menores no estén en el centro escolar) deberá llamar, en primer lugar, al padre de los menores, para que sea éste quien tenga a los menores en su compañía, bien en el domicilio donde el padre resida, bien en el domicilio de los menores si la urgencia de la situación lo requiriera o aconsejara.

Respecto a los gastos del inmueble, y teniendo en cuenta que en este supuesto el padre debe vivir en otro domicilio, en el cual también deberá colaborar en los gastos, y que se le ha impuesto la obligación de abonar una pensión de alimentos por cada uno de los hijos, los gastos de uso, estancia, suministros y otros que pudieran existir en la vivienda de los menores, correrán a cargo de la madre. Únicamente en aquellos supuestos de obras mayores acordadas por la comunidad de propietarios, estas deberán ser sufragadas por el padre. Y sobre la utilización del garaje, dado que se encuentra en el mismo inmueble, podrá seguir siendo utilizado como hasta la fecha.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tolosa, dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D Ana Ros Noriega actuando en nombre y representación de D. Elisabeth contra D. Gabino representado por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Castro Mococho y acuerdo:*

h) La disolución del matrimonio por divorcio.

1. La titularidad y ejercicio de la patria potestad de los hijos comunes corresponde conjuntamente a ambos progenitores.

2. La guarda y custodia de los hijos comunes se atribuye a su madre.

3. Se establece el siguiente régimen de visitas a favor del padre:

4. El Sr. Gabino podrá disfrutar de la compañía de sus hijos los fines de semana alternos, desde la salida de la Ikastola el viernes por la tarde, o en su defecto, a las 17:00 horas hasta el lunes por la mañana, debiendo encargarse de llevar a los menores al centro escolar; en caso de que el viernes o el lunes fuera igualmente festivo, le correspondería éste al Sr. Gabino en el mismo horario antes expuesto.

De igual forma, se reconoce el derecho de visitas intersemanales que consistirán en dos tardes que, en defecto de acuerdo entre los progenitores, serán martes y jueves desde la salida de la ikastola o, en su defecto, a las 17:00 horas hasta las 20:00 horas, cuando el progenitor trabaje de turno de mañana o dos mañanas, martes y jueves, encargándose de llevar y recoger al mediodía del colegio a los menores, cuando el padre esté en relevo de tarde.

En las vacaciones de Navidad, procede la división del período en dos partes, desde las 10 horas del primer día de vacaciones escolares hasta las 20:00 horas del 30 de diciembre y el segundo periodo comprende desde ese momento hasta las 20 horas del día anterior al inicio del curso escolar, correspondiendo a la madre el primer periodo en años pares y al padre los impares.

En las vacaciones de Semana Santa, procede la división en dos semanas, la primera desde las 10 horas del Lunes de la semana Santa hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección y la segunda desde ese momento hasta las 20 horas del domingo víspera de inicio del curso escolar, correspondiendo a la madre el primer periodo en los años pares y al padre los años impares.

En Verano, corresponderá a cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares, dividiéndose en los siguientes periodos: desde las 10:00 horas del primer día de vacación escolar hasta las 20:00 horas del día 30 de junio, desde ese momento hasta las 20:00 horas del día 15 de julio, desde ese momento hasta las 20:00 horas del día 31 de julio, desde ese momento hasta las 20:00 horas del día 15 de agosto, desde ese momento hasta las 20:00 horas del día 31 de agosto, y desde ese momento hasta las 20:00 horas del día anterior al inicio del curso escolar, correspondiendo a la madre el primer periodo en los años pares y al padre en los impares.

Durante el periodo de vacaciones se interrumpirán las estancias y visitas de fin de semana, debiendo reanudarse el régimen ordinario de estancias de fines de semana alternos con el progenitor con quien no disfrutó el último periodo vacacional; los días de cumpleaños de los niños, ambos padres podrán disfrutar de

la compañía de los menores; las entregas y recogidas de los menores se realizarán en el domicilio de los niños, pudiendo efectuarse a través de los familiares en sentido amplio de los padres; en todo caso, ambos progenitores deberán permitir la comunicación de los menores para el otro cuando se encuentren disfrutando de su compañía; todo ello en defecto de acuerdo de los padres atendiendo siempre al interés del menor.

Se establece una pensión de CIENTO SETENTA EUROS (170 euros) mensuales por cada uno de los hijos a cargo del padre debiendo actualizarse conforme al incremento del IPC aprobado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo Legal que lo sustituya. La pensión deberá ser abonada dentro de los primeros cinco días del mes en la cuenta que la madre designe. La pensión subsistirá hasta que los menores, siendo mayores de edad, alcancen la independencia económica.

5. Los gastos extraordinarios, serán abonados al 50% por ambos progenitores. Tendrán la consideración de gastos extraordinarios los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social o seguros privados, libros de texto, matrículas universitarias y actividades extraescolares que ambos acuerden. En relación a éstos se impone previa comunicación de las actuaciones o actividades generadoras del gasto o en su defecto autorización judicial siendo preferente la comunicación por el sistema elegido por los padres de acuerdo con la anterior fundamentación en el apartado de ejercicio de la patria potestad y a salvo de elección, la comunicación se verificará a través de correo electrónico y si no lo tuvieren, a través de correo certificado.

6. El uso y disfrute del domicilio y ajuar familiar en el BARRIO000 número NUM000, NUM001, de conformidad con el artículo 96 del Código Civil, corresponderá a la madre y a los hijos en tanto en cuanto no se produzca el cambio de domicilio aprobado, siendo hasta entonces de su cuenta y cargo los gastos vinculados al uso y consumo. Una vez se verifique el traslado, el uso y disfrute corresponderá al Sr. Gabino.

7. Se atribuye a la Sra. Elisabeth la facultad de decidir sobre el cambio de residencia de los menores en los términos debatidos y aprobados en esta resolución judicial y siempre en los parámetros propuestos en el escrito de demanda, de modo que cualquier otra modificación deberá ser objeto de la debida aprobación por parte del Sr. Gabino, y en su defecto, de autorización judicial.

8. No ha lugar a condena en costas.

Una vez firme esta resolución remítase testimonio de la misma al Registro Civil donde figura inscrito el matrimonio para su anotación marginal.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Gabino, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa dictó sentencia con fecha 11 de julio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO:

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Gabino contra la sentencia de fecha 26 de Mayo de 2013 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tolosa en el Procedimiento de Divorcio Contencioso nº 315/2012 y, en consecuencia, revocamos la resolución apelada en el único extremo siguiente:

- Declaramos no haber lugar a atribuir a doña. Elisabeth la facultad de decidir sobre el cambio de residencia de los menores.

Manteniendo en su integridad el resto de pronunciamientos contenidos en la resolución recurrida.

No procede efectuar pronunciamiento en materia de costas generadas en la alzada.

Se mantiene el pronunciamiento de costas en la instancia.

Devuélvase a Gabino el depósito constituido para recurrir por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.

Dentro del plazo legal devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia junto al testimonio de la presente resolución para su ejecución y cumplimiento.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** de la representación procesal de doña Elisabeth con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO**.- Infracción del art. 62 LEC, por falta de competencia para conocer el recurso relativo al pronunciamiento judicial de la instancia que autoriza el cambio de domicilio de los menores y la apreciación de oficio de la competencia funcional. **SEGUNDO**.- Infracción de los arts. 24 CE, 7 LOPJ, sobre cosa juzgada formal y material e invariabilidad de las resoluciones y art. 2 de la Ley de Protección del Menor, pues la decisión de atribución del domicilio corresponde con carácter exclusivo y excluyente al juez de instancia donde se plantea inicialmente la cuestión, quién resuelve sin ulterior recurso. **TERCERO**.- Infracción de los arts. 24 CE,

225, 1 y 3 LEC y 238.1 LOPJ , art. 2 de la Ley de Protección del Menor y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , por entender que el art. 156 CC establecería una excepción al principio de la doble instancia, con cita de la SAP de Madrid (Sección 22 de 16 de junio de 2008 , que habría dispuesto que la «decisión que con amparo en el art. 156 CC independientemente de/tipo de proceso en el que se adopte, no es susceptible de recurso alguno, como expresa el precepto mencionado». **CUARTO.-** Por errores en la valoración de la prueba, que conlleven una valoración irracional, ilógica y arbitraria, con infracción de los arts. 24 CE , 752 LEC , y los arts. 335 , 346 , 347 , y 360 a 370 LEC .

Igualmente se interpuso **recurso de casación** se funda en un **MOTIVO UNICO.-** Invocando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala y la existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, por infracción de los arts. 154 y 156 CC , 56 CE y 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor , y los arts. 5 , 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , por vulneración del ejercicio de la patria potestad otorgado a la madre por el Juzgado de instancia para el cambio de domicilio, en virtud de la sentencia dictada en el procedimiento de divorcio, y la vulneración del principio de interés del menor, por considerar que el cambio de domicilio autorizado (a una distancia de 6 kilómetros), no impediría, ni dificultaría el contacto el padre ni con la familia paterna, y repercutiría en beneficio del menor alejándole del foco de tensión por la cercanía con la familia paterna.

Por su parte, el recurso de casación interpuesto por don Gabino se fundamenta en un **MOTIVO:UNICO** .- Infracción del art. 92. 8 CC , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de la Sala, por considerar que la sentencia recurrida habría atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos menores habidos en el matrimonio en virtud de unos razonamientos jurídicos que no aplicarían correctamente el principio de protección del interés de los menores, a la vista de los hechos probados, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de Marzo de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Maria Luisa Estrugo Lozano, en nombre y representación de doña Elisabeth , presentó escrito de impugnación al mismo así como la procuradora doña Ana Lazaro Gogorza, en nombre y representación de don Gabino .

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del recurso de casación interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Elisabeth formuló demanda de divorcio contra su esposo don Gabino . El matrimonio tiene tres hijos: Sixto , nacido el día NUM002 de 2007, y las gemelas Adolfinia y Florencia , nacidas el día NUM003 de 2009. En lo que aquí interesa, y al margen de las cuestiones procesales a las que se aludirá, lo que se plantea en los recursos de casación formulados por uno y otro tiene que ver con la autorización a la madre a desplazarse desde su actual residencia en Billabona a Tolosa, distantes unos seis kilómetros, aproximadamente, así como con la guarda y custodia compartida, que reclama el esposo.

Todo ello como consecuencia de las resoluciones que se han dictado tanto por el Juzgado como por la Audiencia Provincial. El primero atribuyó la guarda y custodia de los menores a la madre, con un régimen de visitas y comunicaciones a favor del padre, atribuyendo a la madre la facultad de decidir sobre el cambio de residencia de los menores. La Audiencia Provincial mantuvo la medida de guarda y custodia y desestimó la pretensión del padre de guarda compartida, desestimando la solicitud formulada por la esposa de cambio de domicilio.

Ambas cuestiones constituyen el objeto de los recursos de casación formulados, junto con el recurso extraordinario por infracción procesal que también formula la sra Elisabeth .

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCION PROCESAL .

SEGUNDO.- Se fundamenta en cuatro motivos vinculados a la no autorización del cambio de domicilio de los menores. Los tres primeros cuestionan la competencia de la Audiencia para conocer del recurso relativo

al pronunciamiento judicial de la instancia, que autoriza el cambio del domicilio de los menores, y apreciación de oficio de la competencia funcional (artículo 62 LEC); el segundo, por infracción de los artículos 24 CE y 7 LOPJ , sobre cosa juzgada formal y material e invariabilidad de las resoluciones judiciales, y artículo 2 de la Ley de Protección del Menor , pues la atribución del domicilio corresponde con carácter exclusivo y excluyente al juez de instancia donde se plantea inicialmente esta cuestión, que resuelve sin ulterior recurso, y el tercero por infracción de los artículos 24 CE , 225.1 y 3 LEC , 238.1 LOPJ , artículo 2 Ley de Protección del Menor y 6 del Convenio Europeo de derechos Humanos , por entender que el artículo 156 del Código Civil establecería una excepción al principio de la doble instancia.

Los tres se desestiman.

Lo que plante la recurrente es una cuestión nueva en contra de lo dispuesto en el artículo 469.2 de la LEC según el cual solo procederá el recurso extraordinario por infracción procesal cuando, de ser posible, ésta o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y cuando, de haberse producido en la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia. Y es que la parte apelada, ahora recurrente, en su escrito de oposición al recurso de apelación formulado por su esposo, nada mencionó sobre la posible vulneración de las normas que supondría algún tipo de pronunciamiento de la Audiencia Provincial sobre los extremos ahora alegados, con independencia de que las decisiones se han adoptado en el marco de un juicio verbal sobre divorcio contencioso, en aspectos vinculados al ejercicio de la patria potestad, que ella misma introdujo en el debate, lo que autorizaba el recuso de apelación, para ser resuelto por la Audiencia Provincial, conforme a lo dispuesto en el artículo 455.1 y 2 LEC .

TERCERO.- El cuarto motivo se formula por error en la valoración de la prueba, que conllevan una valoración irracional, ilógica y arbitraria, con infracción de los artículos 24 CE , 752, 335, 346, 347 y 360 a 370, todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo acumula diversas infracciones que tienen que ver con la prueba pericial (artículo 335, 346 y 347); con el interrogatorio de testigos (artículos 360 a 370) y con la prueba en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores (artículo 752). En su planteamiento, añade el artículo 326 sobre la fuerza probatoria de los documentos privados, y si bien se exponen las infracciones de forma separada, en ningún caso puede admitirse.

La valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad, que puede darse cuando se desconoce una norma de prueba legal o tasada, lo que impide que por medio de este recurso extraordinario se trate de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer, así como también postular como más adecuada la valoración de la prueba efectuada por la sentencia de primera instancia frente a la llevada a cabo por el tribunal de apelación y plantear una total revisión probatoria de lo actuado. Nada de eso permite calificar de ilógica o arbitraria la ponderación motivada de los distintos medios de prueba que se examinan en su conjunto, para exponer las conclusiones fácticas a que conducen a una solución jurídica distinta, como se pretende, especialmente cuando está en juego el interés de los menores, en base al cual se resuelve la controversia sobre la residencia de la esposa, también planteada en el recurso de casación.

RECURSO DE CASACION DE DOÑA Elisabeth .

CUARTO.- Se funda en un único motivo en el que se invoca la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta Sala y contradicción entre las Audiencias Provinciales, con infracción de los artículos 154 , 156 del Código Civil , 56 de la Constitución y 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor , y artículos 5 , 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , por vulneración del ejercicio de la patria potestad otorgado a la madre por el juzgado de instancia para el cambio de domicilio y vulneración del principio de interés del menor, porque el cambio de domicilio, ni dificultaría el contacto de los hijos con su padre ni con la familia paterna y repercutiría en beneficio de los menores al alejarlos del foco de tensión por la cercanía de la familia paterna.

Se desestima.

La guarda y custodia de los menores, dice la sentencia de 26 de octubre 2012 "deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil , para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil , respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a

ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia".

Y si la determinación del domicilio de los menores debe estar presidida por el principio de protección que todos ellos merecen, en el marco del proceso matrimonial, la sentencia recurrida debe mantenerse por sus propios términos: "... 1º.- *Porque supondría un distanciamiento de los menores respecto de la familia paterna con la que los menores asimismo tienen derecho a relacionarse.*

2º.- *Porque el cambio de residencia a Tolosa no tiene que producir como efecto necesario una relajación en la tensión entre la Sra. Elisabeth y la familia paterna siendo, por contra, y altamente probable, el efecto contrario, esto es, el enconamiento y el aumento de malestar por parte del Sr. Gabino y su familia con merma del estado emocional de los menores y, por consiguiente, en perjuicio de ellos.*

Esta circunstancia -probabilidad cierta de aumento de tensión y enconamiento con la familia paterna- es una elucubración del Tribunal sino que ya ha sido puesta de manifiesto de forma expresa en el Informe del Equipo Psicosocial y, en concreto, en el apartado VALORACION punto tercero párrafo tercero página 5 del Informe.

3º.- *El Tribunal igualmente tiene en consideración el contraste que aprecia entre el lugar en el que está ubicada la vivienda familiar (Billabona) y el inmueble pretendido en Tolosa (en las inmediaciones del Polígono Industrial Usabal 29-1).*

En el primer caso, Billabona, entiende el Tribunal que ofrece mayores y mejores prestaciones para los menores en áreas tales como parques infantiles, cercanía de los domicilios de los amigos, ikastola, parroquia, lo que favorece a su desarrollo integral.

Y ello en contraste con que las prestaciones que ofrece la CASA000 ubicada en las cercanías del Polígono Industrial Usabal 29-1 de Tolosa".

En definitiva, la Sala ha aplicado correctamente el principio de protección del interés de los menores a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, no siendo el recurso de casación una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio.

RECURSO DE CASACION DE D. Gabino .

QUINTO.- Formula un único motivo, por infracción del artículo 92.8 del Código Civil en el que se alega la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta Sala, ya que considera que la sentencia recurrida ha atribuido a la madre la guarda y custodia de los hijos menores habidos en el matrimonio en virtud de razonamientos jurídicos en los que no se ha tenido en cuenta el principio de protección del interés de los menores. Alega, en concreto, que la relación conflictiva de la madre con la familia paterna, citada en la sentencia como fundamento para atribuir la guarda y custodia a la madre, no refiere como puede afectar al interés de los niños, olvidando los aspectos beneficiosos contenidos en el informe psicosocial, favorables a la guarda y custodia compartida, como sería la disponibilidad de domicilios suficientes de las partes, a escasa distancia, que permitirían el debido cumplimiento de la misma.

Se desestima.

La interpretación del artículo 92 CC - STS 2 de julio 2024- debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina

jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 : práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea (STS 25 de abril 2014).

Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos.

Pues bien, los hechos que tiene en cuenta la sentencia no permiten establecer este régimen en interés de los menores. Obligación de los padres es no solo interesar este sistema de guarda, bajo el principio de contradicción, sino concretar la forma y contenido de su ejercicio a través de un plan contradictorio ajustado a las necesidades y disponibilidad de las partes implicadas que integre con hechos y pruebas los distintos criterios y la ventajas que va a tener para los hijos una vez producida la crisis de la pareja, lo que no tiene que ver únicamente con la permanencia o no de los hijos en un domicilio estable, sino con otros aspectos referidos a la toma de decisiones sobre su educación, salud, educación y cuidado; deberes referentes a la guarda y custodia, periodos de convivencia con cada progenitor; relación y comunicación con ellos y régimen de relaciones con sus hermanos, abuelos u otros parientes y personas allegadas, algunas de ellas más próximas al cuidado de los hijos que los propios progenitores; todo ello sobre la base debidamente acreditada de lo que con reiteración ha declarado esta Sala sobre la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales, con la precisión - STS 22 de julio de 2011 - de que "las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor".

Sucede en este caso que es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, quien por tal motivo dejó de trabajar, y sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo en cuanto a las labores de cuidado, atención y correcto ejercicio de las funciones parentales; que el padre tiene una menor disponibilidad de tiempo para el cuidado y la atención de los mismos; que " *de la prueba practicada, esencialmente el Dictamen del equipo Psicosocial y el interrogatorio de la Sra. Elisabeth , entendemos que existe una relación de conflictividad centrada, fundamentalmente, entre la Sra. Elisabeth y la familia paterna*", que puede no resultar beneficiosa para los hijos teniendo en cuenta las labores de cuidado y atención que deberían prestarles en razón a esa escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; todo lo cual no parece la fórmula idónea para proteger el interés de los menores que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida.

La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, sin que este Tribunal pueda decidir sobre la conveniencia general o no de esta forma de protección de los hijos en los casos de ruptura matrimonial de sus padres, salvo si ello es conveniente para ellos en este momento y todo teniendo en cuenta que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas.

SEXTO.- La desestimación de los recursos determina la condena en costas de los recurrentes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 LEC, en relación con el 398 LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.



FALLAMOS

Desestimar los recursos interpuestos por interpuestos por Doña Elisabeth y don Gabino , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3ª, en fecha 22 de julio de 2013 , con expresa imposición de las costas causadas por sus recursos a los recurrentes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz Jose Luis Calvo Cabello. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ