

Id Cendoj: 28079110012010100107
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 319/2008
 Nº de Resolución: 94/2010
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DIVORCIO x
- x GUARDA SOLICITADA POR LOS PROGENITORES x
- x INCONGRUENCIA x
- x ERROR DE HECHO x
- x RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL x

Resumen:

Divorcio. Guardia y custodia compartida. Recurso extraordinario por infracción procesal. Error material en la determinación del domicilio de los menores que produce indefensión. La procedencia de este recurso hace innecesario entrar en la casación.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Marzo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Tenerife, Sección 1ª, por D. Anton , representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Carmen Blanca Orive Rodríguez, en el rollo de apelación nº 676/2006, contra la Sentencia dictada, el día 2 de julio de 2007, en el rollo de apelación nº 676/2006, por la referida Audiencia, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián de la Gomera, en el autos de divorcio nº 125/06. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Carlos Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de D. Anton , en calidad de parte recurrente, la Procuradora Dª Virginia Gutiérrez Sanz, en nombre y representación de Dª Delia , en calidad de parte recurrida y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián de La Gomera, interpuso demanda de divorcio, Dª. Delia , contra D. Anton . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"...dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda, declare disuelto por divorcio el matrimonio formado por Dª Delia y D. Anton , con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y SE DICTEN COMO DEFINITIVAS LAS MEDIAS ACORDADAS EN EL AUTO DE MEDIDAS PROVISIONALES"*.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados el Ministerio Fiscal y el demandado, alegando la representación de D. Anton , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"...dictar sentencia por la que decretando el DIVORCIO del matrimonio de mi mandante y doña Delia con los efectos legales inherentes a tal declaración, y con desestimación de los pedimentos de la demanda actora se acuerda como medidas definitivas en relación a los menores hijos el de atribuirle la guarda y custodia de los mismos al padre en relación al inmueble patrimonial donde se ubica el domicilio matrimonial atribuirle su uso a mi mandante, señalando un régimen de visitas a favor de la madre"*.

El Ministerio Fiscal presentó escrito personándose y contestando a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"...se dictara Sentencia conforme*

al resultado de las pruebas practicadas, estableciéndose en la misma, por los argumentos antes citados, las medidas referentes a la patria potestad, guarda y custodia y alimentos esenciales para los mismos".

Contestada la demanda se acordó señalar día y hora para la celebración de la oportuna Vista, citándose a las partes para dicho día y hora y celebrándose la misma y habiéndose propuesto la práctica de pruebas, se acordó practicar las que previamente fueron declaradas pertinentes y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Sebastián de La Gomera dictó Sentencia, con fecha 19 de junio de 2006 , y con la siguiente parte dispositiva: "*FALLO: Que estimando como estimo la concurrencia de causa de divorcio debo decretar y decreto la disolución del matrimonio contraído por doña Delia y don Anton , en La Laguna el 19 de septiembre de 1998, con todos los efectos legales inherentes a este pronunciamiento y en especial con los siguientes:*

- Se atribuye la patria potestad compartida de los menores Jeronimo y Nuria a los dos progenitores, otorgándose la guarda y custodia del mismo a la madre.

- Se fija como régimen de visitas a favor del padre el siguiente: el demandado tendrá a los menores los fines de semana alternos, desde la dieciocho horas de la tarde del viernes hasta las dieciocho horas de la tarde del domingo, debiendo recogerlos y devolverlos en el domicilio familiar (dicho régimen no interferirá en el desarrollo de las actividades escolares o formativas que vinieren previamente programadas); durante las vacaciones de verano los tendrá un mes, siendo éste en julio en los años pares, y en agosto los años impares; en Navidad los tendrá siete días, que en los años pares incluirán Nochebuena y Navidad, y en los impares Nochevieja y Reyes; en Semana Santa los tendrá cuatro días, en los años pares durante la primera mitad, y durante la segunda en los impares. Asimismo el padre tendrá a los menores los días martes y jueves de todas las semanas desde las diecisiete horas hasta las veinte horas, en los mismos términos expuestos anteriormente, así como la mitad de las vacaciones escolares por carnavales, y dos horas en los días de cumpleaños y onomásticas de los niños.

- Se atribuye a la madre, junto con sus hijos, el uso y disfrute del domicilio conyugal, sito en la CALLE000 NUM000 (en Valle Gran Rey).

- Se establece que el padre abone, en concepto de pensión de alimentos para sus hijos, la cantidad de 500 euros, que se entregará por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año en la cuenta corriente que designe la madre. Dicha cantidad será actualizada conforme al índice de precios al Consumo que señale el Instituto de Estadística u organismo que lo sustituya cada año.

- El padre además sufragará el 50% de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de sus hijos menores, tales como operaciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades, gastos escolares, etc. ...siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente con ella (siempre que sea posible) o sean autorizados judicialmente, en caso de discrepancia entre los padres.

- El padre pagará, en concepto de levantamiento de las cargas familiares, la hipoteca, contribuyendo la madre por este concepto en la cantidad de cien euros mensuales.

No procede hacer expresa imposición de las costas procesales".

La representación de D. Anton , presentó escrito solicitando la aclaración de sentencia, dictándose con fecha 21 de julio de 2006 , auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "*Estimar la aclaración interpuesta contra la sentencia de 19 de junio de 2006, en el procedimiento de Juicio Verbal de Divorcio núm. 125/06 , y corregir el error material contenido en el fundamento cuarto y en el fallo de la resolución, en el sentido de acordar que el padre estará con sus hijos durante la mitad de las vacaciones de verano, en los que será el período de julio (que comprenderá desde el primer día de las vacaciones escolares hasta el 31 de julio) en los años pares, y el período de agosto (que comprenderá desde el día 1 de agosto hasta el día anterior al comienzo del curso escolar) en los años impares".*

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Anton . Sustanciada la apelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia, con fecha 2 de julio de 2007 , con el siguiente fallo: "*Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Anton , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Sebastián de La Gomera en los autos nº 125/2006; confirmando dicha resolución, sin que proceda hacer expreso pronunciamiento en materia de costas".*

La representación de D. Anton , presentó escrito solicitando la subsanación de la sentencia, dictándose con fecha 10 de septiembre de 2007 , Auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "...*No procede aclarar la sentencia dictada en el presente procedimiento*".

TERCERO. Anunciado recurso Extraordinario por Infracción Procesal y recurso de Casación por D. Anton , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora D^a Carmen Blanca Orive Rodríguez, los interpuso ante dicha Sala, formulando el recurso *Extraordinario por Infracción Procesal* en base a los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de los *arts. 218 y 217 de la LEC* .

Segundo.- Error sustancial en los razonamientos fácticos. El recurso de *Casación* se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción por inaplicación del *art. 92 apartados 5.6 y 8* en relación con el *art. 108 y 112, 110, 154, 156 y 158 del Código Civil* . y el *art. 39 de la Constitución y 2º de la Ley Protección Jurídica del Menor* .

Segundo.- Interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales, en relación con la guarda y custodia compartida.

Por resolución de fecha 25 de enero de 2008, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en representación de D. Anton , en calidad de parte recurrente; la Procuradora D^a Virginia Gutiérrez Sanz, en representación de D^a Delia , en calidad de parte recurrida. Admitido el recurso por Auto de fecha 30 de junio de 2009 , y evacuados los traslados conferidos al respecto, la Procuradora D^a. Virginia Gutiérrez Sanz, en nombre y representación de D^a Delia , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso. El Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la estimación de los recursos formulados.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el diez de febrero de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D^a Delia y D. Anton contrajeron matrimonio en 1998. Tienen dos hijos menores de edad.

2º El 29 diciembre 2005 interpuso la esposa una demanda de procedimiento de medidas provisionales, que terminó en febrero 2006. En el acto de la vista, las partes ratificaron un convenio que habían presentado al juzgado y que fue aprobado por el auto, pasando a formar parte del mismo. En dicho acuerdo se asignaba a la madre, D^a Delia , la guarda y custodia de los hijos, así como el régimen de visitas.

3º El 7 marzo 2006 D^a Delia presentó demanda de divorcio, pidiendo que se aplicaran las medidas ya acordadas en el procedimiento de medidas provisionales anteriores a la demanda de divorcio. D. Anton se mostró en desacuerdo en lo relativo a la atribución de la guarda y custodia a la madre y en la contestación a la demanda pidió que se le atribuyera la guarda y custodia de los hijos del matrimonio y subsidiariamente, que se acordara atribuirle de forma compartida entre los padres.

4º La sentencia de 19 junio 2006, del juzgado de S. Sebastián de la Gomera , único, de 1ª instancia e instrucción, estimó la demanda por concurrencia de causa de divorcio, y *"atribuye la patria potestad compartida de los menores Jeronimo y Nuria a los dos progenitores, otorgándose la guarda y custodia del mismo a la madre"* .

5º Apeló D. Anton . La sentencia de la Audiencia provincial de Sta. Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 2 julio 2007 , confirmó la sentencia apelada en base a los siguientes argumentos: a) el régimen de guarda y custodia fue fruto del acuerdo de voluntades de los cónyuges, plasmado en el documento que fue ratificado

judicialmente en el auto de medidas provisionales; b) Los menores conviven con la madre, por acuerdo expreso de los padres en perfectas condiciones, circunstancia decisiva para "el mantenimiento del status quo de los hijos" que es uno de los aspectos en que se concreta el *favor filii*; c) de los pactos del convenio se deduce que el posible cambio de domicilio de los menores se aplazaba hasta la sentencia de divorcio, de donde el traslado de la madre a Sta. Cruz de Tenerife no es una circunstancia nueva no ponderada por los litigantes; d) se cumple con el principio del interés del menor manteniendo la medida acordada, porque no existe elemento alguno en las actuaciones que acredite que la atribución a favor de la madre pueda significar un perjuicio, ni existe prueba que permita calibrar la conveniencia de modificar una situación que proviene de un acuerdo de los progenitores.

1º RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO. Se van a examinar conjuntamente los dos motivos de este recurso. El *Motivo primero*, referido a la congruencia de la sentencia, según el *Art. 218 LEC*, se formula al contener la sentencia una *reformatio in peius*. La sentencia de 1ª Instancia, al atribuir la guarda y custodia a la madre, razonó que lo efectuaba porque no se preveía un cambio de domicilio de ésta, mientras que la sentencia recurrida dice textualmente que "[...]el hecho de que los menores convivan en Tenerife con su madre, estimamos no debe incidir en el régimen de custodia". Según el recurrente ello produce una variación no solo sobre la apreciación de los hechos controvertidos, sino sobre el régimen jurídico fijado en la sentencia de 1ª instancia que establecía el domicilio en La Gomera y si se cambiaba, el tema de la guarda y custodia debía solucionarse mediante el trámite de modificación de medidas, si no hubiera acuerdo entre los progenitores. Ello produce un cambio sustancial no pedido en apelación, con la consecuencia de que no solo origina una modificación del domicilio, sino que deja sin regular lo que debería ser el nuevo régimen de visitas. Por ello el recurrente denuncia la violación del derecho a la tutela judicial efectiva al agravar su posición, produciéndose una *reformatio in peius*, así como incongruencia. El *Motivo segundo* señala que la sentencia incide en un error sustancial en los razonamientos fácticos lo que lleva a la "errónea motivación de los distintos elementos fácticos obrantes en autos y la errónea valoración de la prueba practicada en autos". Estos errores los centra el recurrente en lo siguiente: a) que la atribución de la guarda y custodia a la madre fue consecuencia de un acuerdo de voluntades, tal como se hizo constar en el auto de medidas previas; b) lo acreditado y no cuestionado es que los menores siguen conviviendo con su madre en La Gomera, sin que haya habido ningún cambio de domicilio; c) que este cambio de domicilio no debe influir en el régimen de visitas; d) que los servicios sociales recomendaron la guarda y custodia compartida; e) solo la madre previó el posible cambio de domicilio en la demanda".

Ambos motivos se estiman.

Antes de entrar en el examen de los motivos, debemos pronunciarnos sobre una cuestión formal en la redacción del recurso, que de ser admitida, llevaría a su desestimación. El primero de los motivos se ha formulado en base al *Art. 469,2*, cuando se está alegando indefensión y debería haberlo sido por el *Art. 469, 4 LEC*. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, partiendo del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva concebido como "el derecho a obtener una resolución fundada en derecho, favorable o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad e irracionalidad de los poderes públicos" (STS de 12 mayo 2009 y las sentencias citadas en el FJ cuarto), ha considerado que la existencia de un error, "que no soporta el canon de racionalidad impuesto por el derecho a la tutela judicial efectiva" obliga a examinar la decisión de la sala de instancia. Por ello, al alegar el recurrente directamente la infracción del *Art. 24 CE*, se puede superar el obstáculo formal y entrar a estudiar los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO. De la prueba producida en los autos, se constata que ha habido efectivamente un error material, ya que los hijos viven con su madre en La Gomera y no en Santa Cruz de Tenerife como se declara en la sentencia recurrida. Para que el error llegue a determinar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se requiere que constituya el soporte básico de la decisión, de modo que una vez constatada su concurrencia, la fundamentación jurídica pierda sentido; además, se requiere que la equivocación sea atribuible al juzgador y que sea inmediatamente verificable y como se señala en el informe del Fiscal, tales requisitos concurren en la decisión impugnada.

Efectivamente, en la sentencia recurrida se argumenta que se había previsto en un convenio regulador "que no se produciría ningún cambio en el domicilio de los menores hasta la sentencia de divorcio", de lo que se desprendería que los progenitores ya preveían "una posible alteración del domicilio", que aunque aplazado, no constituye una circunstancia nueva que no hubiera sido tomada en cuenta por los litigantes, "por lo que el hecho de que los menores *convivan ahora en Tenerife* con su madre, estimamos que no debe incidir en el régimen de custodia". Esta apreciación es errónea porque a) el convenio que rigió las relaciones entre los padres desde las medidas provisionales no se convierte en definitivo en el procedimiento de divorcio, donde deben reconsiderarse las medidas tomadas, b) no es cierta la convivencia

de los hijos con la madre en Sta. Cruz de Tenerife. Siendo estas las razones para no entrar a examinar si era más conveniente otro régimen de custodia, debe estimarse el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el recurrente D. Anton .

CUARTO. Como afirma la sentencia de 8 octubre 2009 , "Es cierto que en materia de guarda y custodia compartida, el Código civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en *interés del menor* , después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. [...] Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando criterios tales como 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; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven". Estos criterios deberán ser tenidos en cuenta para valorar la conveniencia o no de la guarda y custodia compartida solicitada por el recurrente.

B) RECURSO DE CASACIÓN.

QUINTO. Al haberse estimado el recurso extraordinario por infracción procesal, no procede entrar a examinar el recurso de casación.

SEXTO. De acuerdo con lo dispuesto en el *Art. 476, 2, 4 LEC* , al regular los efectos de la admisión de los recursos extraordinarios por infracción procesal, "la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiese incurrido en la infracción o vulneración".

En consecuencia, procede anular la sentencia impugnada y reponer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia para que vuelva a dictarse ésta en que la Sala de apelación, con arreglo a los hechos que considere probados y con los criterios antes explicitados, se pronuncie sobre las pretensiones esgrimidas por los progenitores en el litigio sobre guarda y custodia compartida en el recurso presentado por D. Anton .

SÉPTIMO. Las costas causadas por el recurso de casación y por el recurso extraordinario por infracción procesal no deben imponerse especialmente a ninguna de las partes (*art. 398.2 LEC de 2000*).

OCTAVO. El resultado final de los dos recursos determina que no haya lugar a pronunciarse sobre las costas de las instancias, que quedan a expensas de lo que decida la nueva sentencia de apelación.

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

FALLAMOS

1º Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Anton contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 2 julio 2007 .

2º Anular la sentencia recurrida y reponer las actuaciones de segunda instancia al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia, para que vuelva a dictarse sentencia que en cualquier caso argumente sobre el interés de los menores en relación a la guarda y custodia compartida pedida, con arreglo a los hechos que considere probados según el planteamiento del litigio y la prueba practicada y los criterios contenidos en esta sentencia. La anulación afecta también a la declaración de las costas generadas.

3º No ha lugar a resolver el recurso de casación interpuesto también por D. Anton contra la misma sentencia.

4º No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y

rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Roman Garcia Varela.- Francisco Marin Castan .-Jose Antonio Seijas Quintana.- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, 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.