



Roj: **STS 1097/2024 - ECLI:ES:TS:2024:1097**

Id Cendoj: **28079110012024100281**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/02/2024**

Nº de Recurso: **3502/2023**

Nº de Resolución: **234/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 22ª, 21-02-2023 (rec. 1149/2021) ,
STS 1097/2024,
AATS 4054/2024**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 234/2024

Fecha de sentencia: 21/02/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3502/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 22.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3502/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 234/2024

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 21 de febrero de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D. Geronimo , representado por la procuradora D.ª M.ª Teresa Marcos Moreno, bajo la dirección letrada de D. Alejandro Ladrón Moreno, contra la sentencia n.º 165/2023, dictada por la Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 1149/2021, dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 27/19, del Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer n.º 5 de Madrid. Ha sido parte recurrida D.ª Frida , representada por la procuradora D.ª M.ª de los Ángeles Almansa Sanz y bajo la dirección letrada de D.ª M.ª José Evangelio Gamero.

Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Alfredo Gil Alegre, en nombre y representación de D.ª Frida , interpuso demanda de divorcio contra D. Geronimo , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] acordándose los siguientes efectos y medidas:

"a) Atribución de la guardia y custodia del **menor** de edad a la madre, con patria potestad compartida.

"b) Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo **menor** y a la madre.

"c) Se fije un régimen de visitas, estancias y comunicación a favor del padre en la forma siguiente:

"- Hasta que el **menor** cumpla los cuatro años de edad y empiece el colegio: en un punto de encuentro familiar el martes y Jueves de 12:00 h a 18:00 h. y fines de semana alternos de 11:00 a 19:00 h sábado y domingo.

"Una vez que el **menor** cumpla cuatro años de edad y comience el colegio, siempre que el padre disponga de un domicilio en el que disponga de una habitación separada y adecuada para el **menor**, con pernocta.

"Una vez que el **menor** empiece el colegio, martes y Jueves que le recogerá su padre a la salida del colegio hasta las 19:00 h y fines de semana alternos sábado y domingo de 11 h a 19:00 h.

"Una vez que el **menor** haya cumplido cuatro años: Las vacaciones se distribuirán por mitades y en dos periodos:

"Vacaciones de verano:

"1.- Primer periodo: primera quincena de julio y primera quincena de agosto, del día 1 de Julio a las 11 h hasta el día 16 de Julio a las 19:00 h. y desde el día 1 de Agosto a las 11:00 horas hasta el 16 de agosto a las 19:00 h.

"2.- Segundo periodo: segunda quincena de julio y segunda quincena de agosto. Del día 16 de Julio a las 19:00 h. hasta el 1 de Agosto a las 11:00 h. y desde el 16 de Agosto a las 19:00 h. hasta el día 1 de septiembre a las 11.00.

"Corresponderá el primer periodo a la madre y el segundo al padre en los años impares y a la inversa en los años pares.

"Durante estos periodos de vacaciones se interrumpen las estancias intersemanales antes acordadas.

"Vacaciones de Semana Santa: los años pares el padre tendrá al hijo desde las 18:00 h. del primer día de vacaciones hasta las 18:00 h del miércoles santo y la madre desde esa fecha y hora hasta el último día de vacaciones; al año siguiente se distribuirán estas vacaciones a la inversa.

"Vacaciones de Navidad: los años impares la madre tendrá al **menor** en la primera mitad que corresponde desde las 18:00 h del primer día de vacaciones hasta las 18:00 h del día 31 y el padre desde esa fecha y hora hasta el último día de vacaciones a las 18.00 h, al año siguiente se distribuirán a la inversa.

"El día del cumpleaños de los progenitores, así como el día del padre o de la madre el **menor** disfrutará del ejercicio del régimen de visitas con el progenitor cuya onomástica coincida ese día, salvo que se trate de un fin de semana, un puente o período vacacional (Navidades, Semana Santa y Verano), en cuyo caso, el ejercicio de visita y comunicación lo realizará con quien le corresponda.

"Cuando sea el cumpleaños del **menor** ambos progenitores procuraran visitar al niño, concediéndose al progenitor al que no le corresponda la estancia de un intervalo de dos horas para su disfrute, que comenzará a las 11:00 horas para reintegrarlo al punto de encuentro.

"d) Que se fije una pensión de alimentos de 400 euros mensuales por el hijo **menor**, que deberá abonar el padre Geronimo dentro de los cinco días primeros de cada mes en la cuenta bancaria que designe al efecto la madre de los **menores**, actualizándose anualmente de acuerdo al IPC.

"e) Que los gastos extraordinarios que pudieran producirse respecto del hijo **menor** en relación al cuidado o la educación, gastos médicos no incluidos en el seguro, se sufragarán con factura y por mitades previo acuerdo de los progenitores.

"Imponiéndose las costas de este procedimiento al demandado si con temeridad o mala fe se opusiera a la presente demanda".

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer n.º 5 de Madrid y se registró con el n.º 27/19. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Victoria Rodríguez Acosta Ladrón de Guevara, en representación de D. Geronimo, contestó a la demanda y formuló reconvenición mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda de la parte actora y, dando lugar a la reconvenición planteada se decrete EL DIVORCIO del matrimonio, acordando además como efectos inherentes a dicho divorcio las medidas que a continuación se relacionan:

"1.- La guarda y custodia del hijo sea atribuida a Don Geronimo, teniendo ambos progenitores la patria potestad compartida.

"2.- Que se atribuya al padre custodia junto a su hijo **menor** el uso de la vivienda conyugal.

"3.- Que se otorgue a Doña Frida un amplio derecho de visitas y comunicaciones con el hijo **menor** consistente en:

"1.- Hasta que el **menor** cumpla los cuatro años de edad y empiece el colegio, la madre tendrá derecho a visitar y recoger al hijo **menor**, en un punto de encuentro familiar los martes y jueves desde las 12:00 horas de la mañana hasta las 18:00 horas de la tarde, y los fines de semana alternos (teniendo por fines de semana los días sábado y domingo) desde las 11 horas de la mañana del sábado hasta las 19:00 horas de la tarde del domingo.

"2.- Una vez que el **menor** cumpla los cuatro años de edad y empiece a ir al colegio, la madre tendrá derecho a visitar al hijo **menor** los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las 19:30 horas de la tarde, que lo reintegrará a su padre a través de un punto de encuentro familiar, y los fines de semana tendrá derecho a pernoctar con su hijo, desde la salida del colegio el viernes, hasta las 20:00 horas del domingo, llevándolo al punto de encuentro familiar.

"Al fin de semana que le corresponda a la madre estar en compañía del hijo común, se unirán los "puentes", entendiéndose por tales el período vacacional formado por la unión de un fin de semana y el día festivo anterior o posterior, junto con el día intermedio, en su caso, declarado no lectivo (viernes festivo, sábado y domingo; viernes lectivo, sábado, domingo y lunes no lectivo; jueves festivo, viernes no lectivo, sábado y domingo; viernes no lectivo, sábado, domingo, lunes no lectivo y martes festivo). Los "puentes" -comenzarán, a estos efectos, a las 20:00 horas del último día de actividad lectiva del **menor** y finalizarán a las 20:00 horas del día anterior al de reinicio de la actividad escolar.

"-Los períodos vacacionales se distribuirán de la siguiente forma:

"En defecto de acuerdo entre ambos padres, los períodos vacacionales se concretan, teniendo en cuenta que la duración de las vacaciones escolares de Navidad, verano y Semana Santa que vendrá determinada por el calendario escolar oficial vigente para el colegio o centro de enseñanza al que asista el **menor** y, a efectos de su reparto entre los progenitores, comienza a las 18:00 horas del último día de actividad lectiva e inicio de la vacación escolar correspondiente y finalizan a las 20:00 horas del día inmediato anterior al de reinicio de la actividad escolar.

"Durante las vacaciones de Navidad, verano y Semana Santa, quedará en suspenso el régimen ordinario de estancias referido a los fines de semana alternos, visita entre semana y "puentes" escolares.

"Las vacaciones se distribuirán por periodos:

" VERANO. Primer periodo: del día 1 de julio, a las 11:00 horas de la mañana hasta el día 15 julio, a las 20:00 horas de la tarde, y desde el día 1 de Agosto a las 11:00 horas de la mañana hasta el día 15 Agosto a las 20:00 horas de la tarde.



" Segundo periodo: desde el día 15 de Julio a las 20:00 horas de la tarde, hasta el día 1 de Agosto a las 11:00 horas de la mañana, y desde el día 15 de Agosto a las 20:00 horas de la tarde, hasta el día 1 de Septiembre a las 11:00 horas de la mañana.

" SEMANA SANTA: Primer periodo: desde el primer día de vacaciones hasta las 11:00 horas de la tarde del Miércoles Santo; Segundo periodo: desde las 11:00 horas del Miércoles Santo hasta las 18:00 horas de la tarde del último día de vacaciones.

" NAVIDAD; Primer periodo: desde el primer día de vacaciones hasta las 11:00 horas del día 31 de Diciembre.

" NAVIDAD; desde las 11:00 horas de la mañana del día 31 de Diciembre, hasta las 20:00 horas del último día de vacaciones (7 ú 8 de enero, si no coincide en festivo).

"La comunicación de la elección, al objeto de que cada uno de los progenitores pueda llevar a cabo su organización de vacaciones, deberá efectuarse con anterioridad al quince de mayo de cada año.

"En caso de desacuerdo, los años pares le corresponderá a la madre elegir entre el primer o el segundo periodo vacacional (Verano, Semanada Santa y Navidad), y en los años impares le corresponderá al padre.

"El Día del Padre, de la Madre, cumpleaños del padre, de la madre, y otras fiestas familiares.

"Se facilitará que esos días los **menores** los pasen en compañía del progenitor a quien le corresponde la celebración.

"El cumpleaños del **menor** se facilitará que ambos progenitores puedan pasar al menos 3 horas, por la tarde, con el **menor** a fin de celebrarlo con el mismo, y ello con independencia de con quien corresponda estar ese día.

"El día de "los Reyes" (6 de enero) el **menor** estará por la mañana con un progenitor (hasta las 17 horas) y por la tarde con el otro a fin de que pueda disfrutar de la festividad con ambos, y ello será dependiendo de con quien se encuentre cada en dicha fecha.

"4.- Respecto de la pensión alimenticia para el hijo, solicitamos del Juzgado que se establezca la obligación por parte de Doña Frida de abonar la cantidad de CIENTO OCHENTA Y SIETE EUROS (187,00.-€) mensuales.

"Dicha cantidad deberá abonarse las 12 mensualidades del año, durante los cinco primeros días de cada mes, y actualizarse con efectos de 1 de Enero de cada año, de conformidad con el incremento experimentado por el índice de Precios al Consumo (IPC) y publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que en el futuro pudiere sustituirle.

"5- Igualmente se deberá establecer la obligación de ambos progenitores de sufragar al 50% los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales gastos aquellos que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, Como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, clases extraescolares, viajes al extranjero, actividades extraescolares y aquellos gastos sanitarios que no estén cubiertos por una póliza contratada o asistencia sanitaria pública y otros análogos de carácter necesario que surgieran durante la vida del hijo mientras sea económicamente dependiente de sus progenitores, y ello previo acuerdo de ambos progenitores, salvo supuestos excepcionales urgentes de carácter médico en que no sea posible decidir, y en su defecto se deberá contar con autorización judicial.

"Notificada fehacientemente la decisión de un progenitor a otro sobre el consentimiento a realizar el gasto de carácter extraordinario, se entenderá prestado tácitamente el mismo si en el plazo de los diez días naturales siguientes no lo deniega. En caso de denegarse el gasto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión y gasto objeto de discrepancia.

"Con carácter subsidiario, y para el improbable caso de que nuestras peticiones no fueran atendidas totalmente, esta parte solicita del Juzgado que se acuerde la atribución de la guarda y custodia COMPARTIDA, del **menor**, entre ambos progenitores, consistente en compartir la guarda y custodia, y las estancias con el **menor** por quincenas, con el uso y disfrute de la vivienda conyugal con carácter alterno, de modo que el **menor** nunca tenga que abandonar el domicilio familiar.

"En caso de custodia compartida, y respecto al régimen de visitas y periodos Vacacionales seguirá rigiendo el anteriormente expuesto en el apartado número 3, de este suplico, si bien con las variaciones correspondientes al derecho del padre y madre, en igualdad respecto de dicho régimen de visitas.

"Igualmente, y para el caso de Custodia Compartida, en cuanto a la pensión de alimentos, a esta parte interesa que tanto el padre, como la madre deberán aportar 150 euros, cada uno de ellos, en concepto de pensión de alimentos a favor del hijo **menor**, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en una cuenta bancaria, indistinta, donde se domiciliarán los gastos del **menor**, ya sea el Colegio, cuando comience a ir a él, Comedor, y cualquier otro gasto que sea susceptible de domiciliación mensual, trimestral o anual. Estas cantidades

deberán cubrir todos los gastos habituales, como son los gastos formativos, matrículas, libros de texto y material escolar, uniformes en su caso, actividades extraescolares decididas de común acuerdo y de atención habitual -medicamentos- de la salud no cubiertos por ningún sistema de previsión, etc).

"Las citadas cantidades se actualizarán anualmente con efectos de primero de enero de cada año, conforme a las variaciones que experimente el I.P.C., de carácter General Nacional, de diciembre a diciembre, y que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya, siendo la primera actualización el 1 de enero de 2020.

"La citada cuenta bancaria contará con la debida supervisión judicial, para cualquier caso de discordancia o confrontación entre las partes.

"En cuanto al resto de gastos, y concretamente alimentación, vestido y calzado habituales del **menor**, ocio, regalos de cumpleaños, Reyes, etc. quedarán al libre arbitrio de cada progenitor, y siempre en beneficio de su hijo.

"Cada progenitor deberá además abonar la mitad de los gastos extraordinarios del hijo común, anteriormente ya detallados.

"Más subsidiariamente, y para el caso de no estimarse ninguna de nuestras anteriores solicitudes (reconvenición, ni custodia compartida), al derecho de esta parte le interesa que se proceda a revocar y dejar sin efecto la medida que venía acordada, respecto a la pensión alimenticia, acordando una cantidad más acorde con los ingresos del padre, y ello en atención a las bases sentadas por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), siendo la cifra recomendada la cantidad de CIENTO OCHENTA Y SIETE EUROS (187,00.-€), que el padre deberá aportar, en concepto de pensión de alimentos a favor del hijo **menor**, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

"Igualmente esta parte, y con dicho carácter subsidiario, para el caso de que sus peticiones no fueran atendidas, le interesa que el régimen de visitas que se establezca para el padre, sea el mismo que esta parte propugna y deja establecido en el apartado 3 de este suplico para la madre, a fin de tener igualdad de condiciones y derechos que la misma".

4.- La representación de D.ª Frida contestó a la demanda reconvenicional, suplicando al juzgado:

"[...] dicte sentencia por al que desestime íntegramente dicha demanda y las medidas o efectos derivados en la misma interesados, con expresa condena en costas a la parte reconveniente y sin perjuicio, todo ello, de que se dicte sentencia de divorcio en los términos y con los efectos propuestos por esta parte en la demanda inicial".

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer n.º 5 de Madrid dictó sentencia de fecha 22 de febrero de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"DISPONGO: Estimar parcialmente la demanda de divorcio formulada por el Procurador de los Tribunales D. Alfredo Gil Alegre en nombre de Dña. Frida y declaro la disolución por Divorcio del matrimonio contraído entre Dña. Frida y D. Geronimo celebrado en fecha 13 de junio de 2013 en Madrid, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración.

"Se acuerdan las siguientes medidas:

"1.- Se atribuye la patria potestad compartida entre ambos progenitores, atribuyendo a la madre el ejercicio exclusivo respecto al ámbito sanitario, educativo, administrativo y de ocio.

"2.-Se atribuye la guarda y custodia del hijo a la madre.

"3.- Se fija el siguiente régimen de visitas a favor de D. Geronimo :

"- dos horas sábado y domingo de fines de semana alternos con supervisión del Punto de encuentro familiar, en el horario que señale el PEF. Este régimen se mantendrá en verano, salvo durante el mes que elija Dña. Frida durante el cual se interrumpirán las visitas.

"El PEF deberá remitir al juzgado informes mensuales del desarrollo y evolución de las visitas entre padre e hijo.

"4- Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar, al **menor** y la madre como progenitora custodia.

"5.- Se fija una pensión de alimentos de 250 euros mensuales a favor del **menor** en concepto de alimentos, que se deberá actualizarse conforme al incremento que experimente el IPC que publica el INE u organismo oficial que pudiera sustituirle, debiendo abonar esta cantidad en la cuenta corriente designada por Dña. Frida en los cinco primeros días de cada mes y el 50 % de los gastos extraordinarios del **menor**, siendo expresamente considerados como tales los médicos no cubiertos por la Seguridad Social o en su caso el seguro privado, incluyendo intervenciones quirúrgicas, radiografías, análisis y otros exámenes clínicos,

tratamientos prolongados, odontología y ortodoncia, rehabilitaciones y recuperaciones, aparatos ortopédicos, gafas, los gastos de logopeda y psicólogos. Son extraordinarios los gastos farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social. También los gastos relacionados con actividades deportivas, culturales, clases de apoyo que no estén incluidos en la mensualidad ordinaria del colegio y las actividades lúdicas acordadas por ambos progenitores o por autorización judicial.

"6.- No ha lugar a la condena en costas cada parte pagará las suyas y las comunes por mitad".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por las representaciones de ambas partes litigantes.

2.- La resolución de estos recursos correspondió a la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1149/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 21 de febrero de 2023, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

"Que, estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por la representación procesal de DOÑA Frida contra la Sentencia de 22 de febrero de 2021 del Juzgado de **Violencia** sobre la mujer nº 5 de Madrid, recaída en el procedimiento de Divorcio contencioso 27/2019, seguido en dicho juzgado a instancia de DOÑA Frida, como demandante, frente a DON Geronimo, como demandada, debemos revocar y revocamos la citada resolución en el único sentido de acordar que la cuota hipotecaria que grava la vivienda familiar será satisfecha por ambos litigantes en la proporción establecida en el título de constitución del préstamo hipotecario; con confirmación del resto de pronunciamientos.

"Que, desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de DON Geronimo contra la Sentencia de 22 de febrero de 2021 del Juzgado de **Violencia** sobre la mujer nº 5 de Madrid, recaída en el procedimiento de Divorcio contencioso 27/2019, seguido en dicho juzgado a instancia de DOÑA Frida, como demandante, frente a DON Geronimo, como demandada, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, en todos sus términos.

"Póngase en conocimiento de los Servicios Sociales que correspondan en razón de la zona donde se ubica la vivienda familiar a fin de que realicen un seguimiento del ejercicio de la guarda y custodia exclusiva por parte de Doña Frida respecto al hijo **menor** de edad.

"Sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes en esta alzada".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª M.ª Teresa Marcos Moreno, en representación de D. Geronimo, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"PRIMERO.- Se denuncia, al amparo del art. 469.1.2º, en relación con el art. 218 de la L.E.C., por no realizar la necesaria valoración de la prueba practicada como se exige en su apartado 2º.

"SEGUNDO.- Se denuncia, al amparo del art. 469.1.4º, de la L.E.C., en relación con el art. 24.1 y 2, de la Constitución Española y el art. 218 de la L.E.C., por no cumplir los requisitos de motivación en exhaustividad y congruencia, Al no haber valorado la prueba practicada en apelación.

"TERCERO.- Se denuncia, al amparo del art. 469.1.2º, de la L.E.C., en relación con el art. 218 de la L.E.C., por existir una valoración absurda, arbitraria o ilógica, al hacer referencia a la fijación de cantidad de la pensión de alimentos a cargo de mi representado".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"PRIMERO.- Al amparo del art. 477.2.3º, de la LEC, por infracción del artículo 92 del Código Civil, al considerar que el Tribunal de apelación ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del **menor** (SSTS de 22 de julio 2011 RC 813/2009, STS de 21 de julio de 2011 RC 338/2009, STS de 7 de junio de 2013 RC 1128/2012 y STS de 26 de mayo de 2016 RC 2410/2015). El pronunciamiento de la sentencia recurrida contiene conclusiones erróneas y arbitrarias".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 12 de julio de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:



"1.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por Geronimo contra la sentencia dictada, con fecha 21 de febrero de 2023, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación n.º 1149/2021, dimanante del procedimiento n.º 27/2019 del Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer n.º 5 de Madrid.

"2º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Y evacuado, dese traslado al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos.

"Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito; y así mismo al Ministerio Fiscal, que presentó el pertinente informe.

4.- Por providencia de 12 de enero de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de febrero del presente, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente recurso partimos de los antecedentes siguientes:

1º.- Dª. Frida interpuso demanda de divorcio contra D. Geronimo . Su conocimiento correspondió al Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer número 5 de Madrid. El demandado se opuso a la demanda y formuló acción reconvenzional. Las partes discutieron la atribución de la guarda y custodia del hijo **menor** de los litigantes, nacido el NUM000 de 2016, y las medidas derivadas de dicha atribución.

2º.- Seguido el procedimiento por todos sus trámites, el juzgado dictó sentencia por la que adjudicó a la madre la guarda y custodia del hijo, la patria potestad compartida entre ambos progenitores; pero con el ejercicio exclusivo por parte de la madre en el ámbito sanitario, educativo, administrativo y de ocio. Se fijó un régimen de visitas a favor del padre de dos horas, el sábado y domingo, en fines de semana alternos, con supervisión del punto de encuentro familiar y en el horario que señale dicho centro, que deberá remitir al juzgado informes mensuales del desarrollo y evolución de las visitas entre padre e hijo. En consonancia con dicho pronunciamiento, se atribuyó al **menor** y a la madre el uso y disfrute de la vivienda familiar, así como una pensión de alimentos de 250 euros mensuales a cargo del padre.

Con respecto a la atribución de la guarda y custodia del hijo **menor**, la sentencia del juzgado razonó, como fundamento de su decisión, que se dictó auto de 8 de enero de 2020, que acordó la suspensión del régimen de visitas a favor del padre, en atención a dos comportamientos diferentes observados en el punto de encuentro familiar en el que se realizaban los intercambios del niño.

En el correspondiente al 6 de octubre de 2019, el demandado enseñó vídeos de contenido sexual de la demandante a otros padres, con el niño en brazos y dormido. A pesar de que los profesionales de dicho centro le expresaron la importancia de que evite comentarios negativos sobre la madre delante de su hijo, no hace caso a dicha advertencia, insistiendo en el riesgo que constituye para el **menor** la compañía de su progenitora con referencia a su conducta sexual.

En el informe del PEF, correspondiente al mes de noviembre de 2019, el equipo señala que el padre hace comentarios al niño diciéndole que no se preocupe dado que él va a hacer todo lo posible para que la madre no le haga nada más, lo que le genera al **menor** una situación de angustia y temor. Los técnicos del punto de encuentro le advierten de que esa actitud no es la correcta; no obstante, insiste en las prácticas sexuales de la demandante e intenta enseñar videos para corroborarlo.

El día 2 de noviembre, el padre dice que el niño verbaliza comentarios de que mamá chupa pitos a señores y se la meten por detrás. El día 5 de noviembre de 2019, cuando llega la madre, el niño le dice que chupa pitos y que por detrás. El jueves 14 de noviembre de 2019, el padre quiere enseñar unas fotos de hematomas del **menor** con el niño delante. El día 16 de noviembre llega a bajar los pantalones del pequeño para que lo vea la técnica del centro, ante lo que le advierten que no debe comportarse de esa manera, pero no hace caso. Cuando ya no está presente el niño intentan tratar el tema; sin embargo, el padre no muestra demasiado interés.

Razona la sentencia que esos comentarios son contraproducentes para el **menor**, toda vez que implican el desprestigio de la madre ante su hijo.



Se narra, en la sentencia, el accidente de la precipitación del **menor**, desde un sexto piso, cuando estaba en compañía de la abuela del demandado, y en cuanto a la autorización para una de las cuatro intervenciones quirúrgicas, que eran precisas para mejorar las fracturas del niño, se negó el padre a prestar su consentimiento en tanto en cuanto no viera a su hijo, y todo ello, pese a tener una orden de alejamiento que lo impedía, con lo que antepuso su interés al del **menor**.

En el informe realizado por la psicóloga del Juzgado se concluye que ninguno de los dos progenitores tiene un equilibrio emocional adecuado para asumir la guarda y custodia; la exploración del **menor**, al tener 3 años y 7 meses, resulta poco fiable. Si bien el niño recuerda la caída, no responsabiliza al padre, sin que tampoco esté traumatizado por tal hecho. La psicóloga considera que ambos son tributarios de una terapia individual para relacionarse con el **menor** y entre sí.

Por su parte, la trabajadora social informa a favor de la guarda y custodia de la madre, que tiene el apoyo de los abuelos maternos en tan esencial función, sin que concurran indicadores de riesgo, así como cuenta con soporte a nivel social y con recursos del ayuntamiento que le ayudan con el **menor**.

De la prueba practicada resulta que el niño está adecuadamente cuidado con su madre, situación consolidada desde la separación, y no hay motivos para modificar dicho régimen de estancia, mientras que el padre ha evidenciado la transmisión al **menor** de ideas negativas sobre la madre.

Las circunstancias expuestas, unidas a que el demandado había sido condenado por un delito de **violencia** de género en la persona de la demandante, determinaron a atribuir a la madre la guarda y custodia del hijo.

3º.- Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación ambas partes, que fueron resueltos por sentencia de la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid que, en lo que ahora nos interesa, confirmó los pronunciamientos de la sentencia recurrida. En uno de sus razonamientos el tribunal señala:

"En contra de lo alegado por el recurrente, ha quedado acreditado, y así lo pone de manifiesto el informe psicosocial, que el **menor** se encuentra bien atendido por su madre, que cuenta con apoyo suficiente para hacerse cargo del **menor**.

"Por el contrario, igualmente ha quedado acreditado que el comportamiento de Don Geronimo en presencia de su hijo es ciertamente inapropiado para un correcto desarrollo del **menor** y que, aunque el accidente ocurrido cuando estaba en su compañía no es directamente atribuible a Don Geronimo, denota una cierta dejadez de sus funciones paternas cuando le corresponde estar con su hijo.

"Por ello, debemos mantener que, siendo la patria potestad compartida, corresponde el ejercicio de la misma a la madre en lo relativo al ámbito sanitario, educativo, administrativo y de ocio.

"Igualmente, procede mantener el régimen de guarda y exclusiva materna. Con todo, en atención a que el informe psicosocial pone de manifiesto que ninguno de los dos progenitores tiene un equilibrio emocional suficiente, se entiende necesario alertar a los servicios sociales para que hagan un seguimiento del cumplimiento de tal régimen de guarda para asegurar la protección del **menor**, cuyo interés debe prevalecer por encima del de los progenitores".

4º.- Contra dicha sentencia se interpusieron por el demandado recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

El Ministerio Fiscal en su informe solicitó la confirmación de la sentencia recurrida. Partió, para ello, del examen de las circunstancias concurrentes, y consideró que el interés del **menor** se conciliaba mejor con la atribución de la custodia a la madre dado el comportamiento observado por el demandado, el cual fue condenado por **violencia** de género y tiene abierta una causa penal por haber atentado contra la intimidad de la madre mediante la difusión de videos de naturaleza sexual.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Motivos del recurso extraordinario por infracción procesal*

En el primer motivo se denuncia, al amparo del art. 469.1.2.º LEC, la infracción del art. 218 de dicha disposición general, al entender que la sentencia del tribunal provincial no realiza la necesaria valoración de la prueba practicada como exige su apartado 2º.

El segundo se interpone, al amparo del art. 469.1.4.º, de la LEC., en relación con el art. 24.1 y 2, de la Constitución Española y el art. 218 de la LEC, por no cumplir los requisitos de la motivación en exhaustividad y congruencia.



En definitiva, se queja de que no fue valorada la prueba documental admitida por la audiencia consistente en un CD que contenía imágenes de la demandante que, según el recurrente, determinaban su falta de idoneidad para ejercer la custodia sobre el **menor**.

Ahora bien, dicha prueba que, en parte coincide con la aportada en primera instancia, es objeto de una denuncia formulada por la demandante contra el demandado por delito contra su intimidad, que se está tramitando en el orden jurisdiccional penal, y que cuestiona la forma de su obtención por parte del demandado.

La precitada denuncia se formuló el día 1 de marzo de 2021. En ella, la demandante señala que, con fecha 5 de marzo de 2019, tuvo conocimiento de que el demandado había utilizado su teléfono y, de esta manera, de la aplicación whatsapp obtuvo fotos suyas de Telegram. Al echarle en cara tales hechos, fue agredida por el demandado, por lo que se siguió procedimiento en el Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer n.º 5 de Madrid, que dictó orden de protección.

El 8 de junio siguiente, presentó nueva denuncia contra el demandado por haber amenazado a su padre bajo la condición de que, si no retiraban la primera denuncia, divulgaría imágenes sexuales de la actora. En informes del punto de encuentro, se hace constar que el demandado enseña vídeos de la actora. En fecha 15 de septiembre de 2019, el demandado es condenado por el Juzgado de lo Penal número 34 de Madrid como autor de un delito de malos tratos y contra la intimidad.

Tras dictarse la sentencia de divorcio de 22 de febrero de 2021, continua la denuncia de la demandante, le avisan sus padres que les remitieron 7 correos electrónicos, desde la dirección DIRECCION000 con los que se adjuntan imágenes, vídeos y capturas de pantalla de conversaciones privadas de la aplicación DIRECCION001 de la cuenta personal que la denunciante tuvo abierta hasta mayo o junio de 2019, y también enlaces a vídeos. En esos enlaces, figuran fotos de su hijo, que habían sido sacadas por el demandado, y que las había aportado como prueba en otro juicio.

Esos mensajes, según el relato de hechos de la denuncia, son reenviados a la antigua empresa en la que trabajaba la demandante, empleados del banco donde tienen la hipoteca, al colegio del niño, a su abogada, al observatorio de la mujer n.º 1 y 2 de Madrid, al SAF 24 horas, a la fiscalía, a la iglesia adventista, así como en los buzones de vecinos del domicilio en donde vive; no obstante, pudo recuperar alguno de ellos que tiene en su poder en total 25 sobres con cedes. La demandante señala que, por estos hechos, el recurrente está en busca y captura.

Precisamente, uno de dichos vídeos constituye la queja del demandado de que no fue valorado por la sentencia recurrida.

El recurso no debe prosperar; puesto que, al margen de la forma en que se consiguieron dichos vídeos, que son objeto de prueba en el juzgado en el que siguen diligencias por dicha denuncia, no existe elemento de juicio alguno de que el **menor** tenga constancia de ellos, ni son decisivos a los efectos de dirimir la cuestión controvertida sobre la atribución de la custodia a la madre o al padre. Además, vídeos similares fueron aportados en primera instancia y no fueron ignorados.

La sentencia no es incongruente, pues resuelve la cuestión controvertida sobre el régimen de custodia del **menor** en atención a su interés superior.

El tercer motivo del recurso se formula, al amparo del art. 469.1.2.º de la L.E.C., en relación con el art. 218, de dicho texto legal por existir una valoración absurda, arbitraria o ilógica de la prueba con respecto a la fijación de cantidad de la pensión de alimentos a cargo del demandado.

La Sala 1.ª del Tribunal Supremo, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, corrige, al amparo del art. 469.1 4º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad que ha de presidir cualquier resolución judicial. En este sentido, señala la sentencia 7/2020, de 8 de enero, que:

"Como recuerda la sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, "esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)".

De igual forma, las sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre; 681/2020, de 15 de diciembre; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de



10 de mayo; 544/2022, de 7 de julio; 653/2022, de 11 de octubre; 847/2022, de 28 de noviembre y 217/2023, de 13 de febrero, entre otras muchas.

También constituye jurisprudencia asentada la que proclama que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero; 208/2019, de 5 de abril; 141/2021, de 15 de marzo; 59/2022, de 31 de enero; 391/2022, de 10 de mayo y 217/2023, de 13 de febrero).

Por otra parte, la valoración arbitraria no se identifica con una antagónica apreciación de la prueba practicada, y, por lo tanto, no cabe incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba, cuya valoración ha de hacerse conforme a las reglas de la sana crítica, por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos lógicos (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre; 541/2019, de 16 de octubre y 141/2021, de 15 de marzo); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción.

Pues bien, en este caso, no podemos considerar que la valoración probatoria practicada en la instancia sea arbitraria o irracional. La sentencia de primera instancia, confirmada por la audiencia, señala que el demandado manifestó que vivía de un fondo heredado que gestionaba y que vive con su madre. Posteriormente, coincidiendo con el presente proceso, la madre le priva de dicha gestión; no obstante, solicita la custodia de su hijo, lo que implica contar con los recursos económicos suficientes para atender a la obligación de su manutención. Al tramitarse el proceso señala, ahora, que carece de cualquier clase de recursos económicos. La valoración de los tribunales de instancia no es desde luego irracional. El padre es joven, tiene buena salud, con capacidad para el trabajo. La madre cuenta con escasos recursos económicos y precisa la contribución paterna para atender a las necesidades del niño.

Recurso de casación

TERCERO.- *Recurso de casación*

3.1 *El motivo del recurso*

El recurso se formula por interés casacional, al amparo del art. 477.2. 3.º de la LEC, por infracción del artículo 92 del Código Civil, al considerar que el Tribunal de apelación ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del **menor** (SSTS de 22 de julio 2011 RC 813/2009, STS de 21 de julio de 2011 RC 338/2009, STS de 7 de junio de 2013 RC 1128/2012 y STS de 26 de mayo de 2016 RC 2410/2015).

A través de dicho motivo, el recurrente pretende que se le atribuya la guarda y custodia de su hijo **menor** y, subsidiariamente, a quien pueda ejercerla en mejores condiciones, sin precisar, no obstante, persona o institución.

Se insiste en que los vídeos aportados determinan la imposibilidad de la madre para que asuma el rol de progenitora custodia, al ser incapaz de velar por los intereses de su hijo.

3.2 *El interés superior del menor*

El interés superior del **menor** es la regla áurea o criterio primordial, que debe inspirar las decisiones de las autoridades administrativas o judiciales que adopten medidas relativas a los **menores**, los cuales, por su corta edad, carecen de los resortes emocionales necesarios y madurez de juicio suficiente para velar por sus propios intereses; todo ello, con la finalidad de que no sufran ni experimenten situaciones peyorativas, que les dejen huella, que dificulten el desarrollo ulterior de su personalidad, así como su futura integración en la vida social.

La infancia es un periodo decisivo del desarrollo de las personas, que debe ser protegido para evitar eventuales perjuicios en la integración posterior en el mundo de los adultos, de manera tal que sucesos vividos no se proyecten negativamente sobre quien los experimente, incluso mediante el padecimiento de trastornos psicológicos por traumas sufridos. Consecuentemente, el beneficio de los **menores** exige apartarlos de situaciones de riesgo, brindarles frente a ellas, con la finalidad de preservar ese interés superior que cuenta con raíces en el mandato de rango constitucional, dirigido a los poderes públicos, de asegurar la protección integral de los hijos, así como, en general, de los niños y de las niñas según las previsiones de los acuerdos internacionales que garantizan sus derechos (art. 39.2 y 4 CE).



La reciente sentencia de esta sala 129/2024, de 5 de febrero, aborda el significado del interés superior del **menor** con las oportunas citas jurisprudenciales, y pone en evidencia su trascendencia en la decisión de los procesos en que se adoptan medidas referentes a los niños y a las niñas, al considerarlo: (i) como un principio axiológico preferente en la solución de las controversias judicializadas sobre las medidas relativas a los **menores**, concebido incluso como bien constitucional; (ii) como un concepto jurídico indeterminado, a través del cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes para apreciar en dónde radica dicho interés en cada específico supuesto sometido a consideración; (iii) se integra en el marco propio del orden público con todo el significado que conlleva; (iv) opera como límite a la autonomía de la voluntad de los progenitores en los negocios jurídicos de familia con respecto a las medidas referentes a los hijos **menores** de edad; (v) es constitutivo de un principio de aplicación preferente en casos de imposibilidad de armonizarlo con los otros intereses convergentes, como son los de los progenitores u otros familiares o allegados; (vi) su valoración, en cada caso, precisa de un estándar de motivación reforzada que supera el ordinario de una resolución judicial; (vii) opera como un instrumento de flexibilización del rigor procesal para obtener su aplicación; y (viii) es susceptible de apreciación mediante el auxilio de ciencias extrajurídicas como la psicología, aunque la última decisión al respecto corresponde siempre a los órganos jurisdiccionales, que son a quienes compete valorar dichos dictámenes, bajo los condicionantes de la proscripción de la arbitrariedad, respeto a las reglas de la lógica y obligación de motivar las sentencias.

En definitiva, como señala la STS 625/2022, de 26 de septiembre, cuya doctrina se reproduce en la sentencia posterior 129/2024, de 5 de febrero:

"La falta de madurez y competencia de los niños y de las niñas inherentes a las limitaciones propias de la edad, la ausencia de recursos con los que cuentan para solventar situaciones desfavorables en las que pueden verse inmersos, los sitúan, en no pocas ocasiones, en una posición de especial vulnerabilidad, que constituye campo abonado para sufrir abusos, maltratos y lesiones en sus derechos fundamentales, o, incluso, para ser instrumentalizados, en su perjuicio, en los conflictos intersubjetivos entre adultos, dentro de los cuales alcanzan especial significación aquellos en los que se encuentran inmersos sus progenitores.

"Es necesario, por consiguiente, preservar a los **menores** a la exposición de situaciones de riesgo cara a una deseada inserción futura en el mundo de los adultos, sin repercusiones peyorativas provenientes de las situaciones vividas. Todo ello sin perder además la perspectiva de que los niños y las niñas son titulares de derechos, no simples personas objeto de protección jurídica, y, como tales, indiscutibles beneficiarios de todos los derechos humanos (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 5).

"El **menor**, como individuo en formación, precisa pues de una protección especial, en tanto en cuanto tiene una personalidad en desarrollo que es necesario preservar. En este sentido, el art. 2.2, apartados d) y e) de la LO 1/1996, de protección jurídica del **menor**, establece, como manifestaciones de dicho interés, "promover la efectiva integración y desarrollo del **menor** en la sociedad"; "minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro"; así como la "preparación del tránsito a la edad adulta e independiente".

"En definitiva, quien no puede, por su edad, defenderse por sí mismo, ni velar por sus intereses, transfiere tal función a las instituciones públicas y privadas, para garantizar que aquellos sean debidamente respetados, y siempre, además, previa audiencia de los **menores** con suficiente juicio, para no ser postergados de las decisiones que más directamente les afectan".

De la misma manera, como no podía ser de otra forma, se expresa, el art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del **Menor** que, bajo el epígrafe de su interés superior, norma que:

"Todo **menor** tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los **menores** que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir".

3.3 Desestimación del recurso

El recurso no puede ser estimado en función de las consideraciones siguientes:

El padre no reúne las condiciones necesarias para poder asumir la función de progenitor custodio.

En primer término, dada su condena penal por **violencia** de género contra la madre del **menor**.

En segundo lugar, dado que su conflicto de pareja no se encuentra superado sino vivo y latente, anómalamente retenido, al continuar realizando actos de desprestigio y vejación de la demandante mediante la exhibición de



material íntimo de la misma y que, además, enseña en el mismo punto de encuentro a otros padres, sin hacer caso de las advertencias que se le efectuaron al respecto por personal de dicho centro.

Este comportamiento inmaduro e ilegítimo del padre lo proyecta sobre el **menor**, pues éste emplea términos, sobre la conducta de la madre, difícilmente atribuibles a un niño que, entonces, contaba tan solo con tres años, lo que determina la apreciación de una contaminación sugerente por parte del padre cuando su conducta debida radicaría, por el contrario, en apartar al **menor** del conocimiento de episodios de tal clase, preservándole de ellos.

El padre aparece implicado en causa que se sigue contra él por una supuesta propagación de material sexual de la demandante, por la conexión existente entre su comportamiento anterior y la difusión indiscriminada de dicho material con una clara finalidad de desprestigio de la demandante.

Decirle al niño que lo va a apartar del peligro de su madre es otra manifestación impropia que descarta, al recurrente, para velar por los intereses del niño como progenitor custodio. Además, de haber sido incapaz de anteponer los intereses de su hijo a los suyos propios, al condicionar su autorización, para una necesaria intervención quirúrgica del **menor**, a comunicarse previamente con él, pese a conocer la vigencia de una orden de alejamiento.

La opción subsidiaria, postulada en el recurso del padre, tampoco es de recibo; pues supondría privar al **menor** de la guarda y custodia de ambos progenitores, para lo cual sería necesario concurrieran poderosas razones que así lo justificasen que, en este caso, no las consideramos concurrentes.

El niño siempre convivió con la madre. Los informes de los servicios de pediatría demuestran que el **menor** está debidamente atendido en el ámbito físico-psíquico de su desarrollo y en de la salud. Los partes educativos aportados acreditan la plena integración del **menor** en el centro escolar con buen rendimiento, incluso en uno de ellos calificado de excelente. La madre se ocupa de la actividad de ocio del niño y cuenta con apoyo de su familia. Las necesidades de habitación del **menor** se encuentran garantizadas en el hogar familiar donde convive con la demandada. No existe elemento de juicio para concluir que el **menor** tenga constancia de la vida íntima de la madre, ni de los vídeos aportados. El informe social no ve inconveniente al cuidado y atención del niño por la demandante cuando procedió a estudiar cómo se desenvolvían las relaciones entre madre e hijo.

Es cierto que el informe psicológico refiere la falta de madurez de ambos progenitores; pero también lo es que la sentencia asegura el interés del **menor**, mediante la puesta en conocimiento de los servicios sociales que correspondan, en función de la zona donde se ubica la vivienda familiar, a fin de que realicen un seguimiento del ejercicio de la guarda y custodia por parte de la madre, pronunciamiento no cuestionado por ésta.

En definitiva, en la tesitura expuesta, privar al niño de la custodia de la madre, con la que concurren vínculos bien consolidados de dependencia segura y afectividad, para proceder a su institucionalización en un centro administrativo o bajo régimen de acogimiento, es manifiestamente contrario a su interés, sin que se aprecien riesgos reales y efectivos para la adopción de una medida excepcional de tal clase. Desde luego, en las circunstancias expuestas, antes analizadas, su adopción no conforma el interés actual del niño.

A más abundamiento, el art. 2.2 c) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del **Menor**, establece que se "priorizará la permanencia en su familia de origen", y el art. 9 del Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, establece que:

"Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño".

Situaciones, como las expuestas, que no concurren en el presente caso sometido a nuestra consideración, por lo que el recurso interpuesto no puede ser estimado, en virtud de todo el conjunto argumental antes señalado.

CUARTO.- Costas

La desestimación del recurso de casación conlleva la imposición de las costas procesales a la parte recurrente (art. 398 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



:

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia 165/2023, de 21 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, sección vigesimosegunda, en el rollo de apelación n.º 1149/2021, dimanante del juicio sobre divorcio contencioso, seguido ante el Juzgado de **Violencia** sobre la Mujer número cinco de Madrid, con el número 27/2019.

2.- Imponer a la parte recurrente las costas causadas por el recurso interpuesto.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ