

Roj: STS 8348/2011

Id Cendoj: 28079110012011100827

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1728/2009

Nº de Resolución: 795/2011

Procedimiento: CIVIL

Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Noviembre de dos mil once.

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 Madrid, sección 22ª, por **D. Torcuato**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Moreno Rodríguez contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 29 de mayo de 2009, en el rollo de apelación nº 169/2009, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Madrid, en los autos sobre incidente de modificación de medidas, nº 1250/2007. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Pedro Moreno Rodríguez, en nombre y representación de D. Torcuato, en calidad de parte recurrente. La Procuradora Dª María del Carmen Ortiz Cornago, se personó en nombre y representación de Dª María Teresa, en calidad de parte recurrida. Es interviniente el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de Madrid, interpuso demanda sobre incidente de modificación de medidas definitivas D. Torcuato, contra Dª María Teresa. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"....debiendo dictarse sentencia por medio de la cual se establezca:*

*1º.- Atribuir la guarda y custodia compartida de las menores Laura y Visitacion a ambos progenitores DOÑA María Teresa y DON Torcuato, estableciendo un régimen mensual alternativo de custodia. La patria potestad será compartida por ambos progenitores.*

*2º.- El régimen de visitas será alternativo para cada uno de los progenitores, estableciéndose los fines de semana alternos, con independencia de quién ejerza en cada mes la guarda y custodia. En cuanto a las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, se repartirán por mitad entre ambos progenitores, eligiendo los años pares la madre y los impares el padre. En todo caso ambos progenitores facilitarán las comunicaciones fluidas con el otro progenitor y comunicarán el lugar donde se pasen las vacaciones.*

*3º.- El uso y disfrute del domicilio familiar sito en Madrid, en la CALLE001 nº NUM003, piso NUM004 exterior NUM005, se atribuye a las hijas menores Laura y Visitacion, en compañía del progenitor con el que convivan en cada periodo mensual.*

*4º.- DOÑA María Teresa podrá disfrutar de uso y disfrute del piso anejo al anterior sito en Madrid, en la CALLE001 nº NUM003, piso NUM004 exterior NUM006, en los periodos en los que no conviva con las hijas comunes.*

*5º.- DON Torcuato entregará a DOÑA María Teresa las cantidades acordadas en el Convenio Regulador de fecha 7 de Julio de 2006 para las hijas comunes durante los periodos que convivan con la madre y atenderá en todo caso la totalidad de los gastos extraordinarios de dichas menores.*

*6º.- DON Torcuato entregará a DOÑA María Teresa la cantidad estipulada en concepto de pensión compensatoria en el Convenio Regulador de fecha 7 de julio de 2007, hasta que se cumplan los diez años acordados".*

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D<sup>a</sup>. María Teresa , los hechos y fundamentos de **derecho** que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... *dicte resolución desestimando la demanda de modificación de medidas interpuesta de contrario, confirmando las medidas establecidas en la Sentencia de Divorcio de fecha 19 de septiembre de 2006 , con expresa condena en costas al actor*".

El Ministerio Fiscal presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de **derecho** que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... *se dicte sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos*".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se convocó a las partes a la celebración de Vista, celebrándose en el día y hora señalados, asistiendo las partes debidamente representadas y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 21 de julio de 2008 y con la siguiente parte dispositiva: "*FALLO: Desestimando íntegramente la demanda interpuesta por D. Torcuato representado por la Procuradora D<sup>a</sup> MARÍA LUZ ALBACAR MEDINA y defendido por el letrado D. JAVIER MARÍA PÉREZ- ROLDAN contra D<sup>a</sup> María Teresa representada por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> DEL CARMEN ORTÍZ y dirigido por el Letrado D. LUIS ZARRALUQUI SANCHEZ, debo declarar y declaro no haber lugar a modificar en el sentido interesado por el demandante las medidas definitivas establecidas en el convenio regulador de efectos del divorcio de los litigantes de fecha 7 de julio de 2006 aprobado por la sentencia de divorcio de fecha 19-9-2006 dictada por este Juzgado en los autos de divorcio de mutuo acuerdo núm. 686/2006.*

*Estimando la pretensión deducida por el Ministerio Fiscal en las conclusiones formuladas en el acto de la vista se acuerda ampliar el régimen de visitas, comunicaciones y estancias del padre con las dos hijas menores de edad establecido en el expresado convenio regulador en el sentido en los términos que se indican en el fundamento jurídico quinto de esta sentencia.*

*Se imponen las costas de esta primera instancia a la parte actora, que ha visto rechazadas todas las pretensiones deducidas...*".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Torcuato . Sustanciada la apelación, la Sección 22<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 29 de mayo de 2009 , con el siguiente fallo: "*Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Pedro Moreno Rodríguez, en nombre y representación de Don Torcuato , contra la sentencia dictada en fecha 21 de julio de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de los de Madrid , en autos de modificación de medidas de divorcio nº 1250/07, seguidos a instancia de dicho litigante contra Doña María Teresa , debemos revocar y revocamos dicha resolución en el único sentido de no imponer las costas de la instancia a ninguna de las partes*".

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación y adicionalmente recurso extraordinario por infracción procesal, por D. Torcuato contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Moreno Rodríguez, interpuso el recurso de casación , articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del motivo 3º del apartado segundo del art. 477 LEC , al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación al art. 92.1 y 8 del Código Civil .

Segundo.- Al amparo del motivo 3º del apartado segundo del art. 477 LEC , en razón del interés casacional por aplicación de normas de menos de cinco años de vigencia, como es la modificación del art. 92 del Código Civil operada por la Ley 15/2005 .

El recurso extraordinario por infracción procesal se interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- (tercero en el escrito) Por desestimación de la interposición del incidente de prejudicialidad europea (art. 469.1.3 LEC en relación al 234 del Tratado de la Unión Europea y el art. 96.1.CE ).

Segundo.- (cuarto en el escrito) Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia (art. 469.1.2 LEC ): Motivación de las Sentencias (art. 24.1 , art. 11.1 y 3 y 248.3 LOPJ Y 208.2 LEC ); valoración de la prueba (752.2 LEC).

Por resolución de fecha 25 de septiembre de 2009, 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. Pedro Moreno Rodríguez, en nombre y representación de D. Torcuato , en calidad de parte recurrente. La Procuradora D<sup>a</sup> María del Carmen Ortíz Cornago, se personó en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Teresa , en calidad de parte recurrida. Es interviniente el Ministerio Fiscal.

Admitidos los recursos de casación y de infracción procesal y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D<sup>a</sup>. María del Carmen Ortíz Cornago, en nombre y representación de D<sup>a</sup> María Teresa , impugnó los mismos, solicitando se declarase no haber lugar a los mismos.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la estimación del recurso de casación interpuesto y la estimación del motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el diecinueve de octubre de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** *Resumen de los hechos probados.*

1º D. Torcuato y D<sup>a</sup> María Teresa contrajeron matrimonio en 1996. Tienen dos hijas, Laura y Visitation . D. Torcuato en el momento del divorcio sufría una distonía focal.

2º D<sup>a</sup> María Teresa interpuso una demanda contenciosa de divorcio, que se transformó en divorcio por acuerdo mutuo al firmar los cónyuges el convenio regulador, homologado por la sentencia de 19 septiembre 2006 . Los acuerdos de dicho convenio, en lo referente a la guarda y custodia de las hijas fueron: a) que en atención a las circunstancias personales y laborales del padre, las hijas permanecerían en compañía de la madre durante los días lectivos de la semana, y b) se establecía un sistemas de visitas y convivencia con el padre los fines de semana, regulándose asimismo lo relativo a los festivos y vacaciones.

La madre y las hijas viven en la actualidad en la vivienda familiar situada en Madrid.

3º D. Torcuato interpuso una demanda de modificación de medidas en lo relativo a la guarda y custodia de sus hijas, alegando que habían cambiado las circunstancias, al haberse producido dos hechos nuevos: su traslado, por lo que su **domicilio** se trasladó a Madrid, y que había mejorado notablemente la enfermedad que padecía en el momento en que se produjo la crisis matrimonial. La modificación que pidió en su demanda afectaba al tipo de guarda y custodia, régimen de visitas, uso y **disfrute** de la vivienda familiar y cantidades para alimentos.

D<sup>a</sup> María Teresa se opuso a la modificación.

4º Las recomendaciones finales del informe psicosocial fueron que la madre siguiera ostentando la guarda y custodia de las menores de forma exclusiva y que se ampliara el régimen de visitas del padre.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid, de 21 julio 2008 , desestimó la demanda. Explicó que los requisitos que debían concurrir para que pudiese procederse a la modificación de medidas eran: que hubiese producido un cambio objetivo en la situación contemplada; que la alteración fuese sustancial, permanente e imprevisible y no debida a un acto propio de quien la solicitaba. Los hechos nuevos alegados no reunían estos requisitos, ya que: a) "*porque de no tener los progenitores su **domicilio** en la misma población, los cambios de progenitor custodio comportarían cambio de **domicilio** de los menores de una a otra población y cambios de colegio que harían totalmente inviable una guarda exclusiva sucesiva por periodos alternos, tal como propone el actor. La segunda porque el padecimiento por un progenitor de enfermedades físicas invalidantes para el desarrollo de tareas o funciones de la vida diaria del propio enfermo, le inhabilitan para el ejercicio de una guarda conjunta en la medida en que dentro de la misma están comprendidas funciones de protección material y cuidado de los menores que el progenitor custodio ha de estar en condiciones físicas de poder realizar*"; b) ello haría viable el ejercicio de una guarda compartida, pero este no es el único sistema posible de protección, porque se requiere que ambos progenitores estén de acuerdo en los criterios para la crianza de los hijos comunes, siendo "*imprescindible la plena coincidencia de los padres en los valores éticos o humanos que deben presidir la educación y formación de los hijos[...]*"; c) no concurrían las condiciones porque las relaciones entre los progenitores no son buenas, el informe psicosocial desaconsejaba el cambio de medidas, la ex esposa deseaba distanciarse del padre y los estilos educativos diferentes hacían que no concurrieran las condiciones requeridas para la modificación de medidas, y d) sin embargo, se consideró que debía ampliarse el régimen de visitas, de acuerdo con la petición del Ministerio Fiscal.

5º D. Torcuato apeló esta sentencia, que fue confirmada por la de la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 29 mayo 2009 . El Ministerio Fiscal pidió asimismo la confirmación. La sentencia ahora recurrida utilizó los argumentos siguientes : a) rechazó la petición de planteamiento de la cuestión prejudicial europea, la cuestión de inconstitucionalidad del art. 92 CC y la indefensión alegada; b) respecto al fondo del asunto, señaló que *"no se justifica la pretensión planteada sobre la custodia compartida, por el hecho de que hayan variado las circunstancias personales y materiales o profesionales del progenitor que no tiene la custodia, si no obstante tal variación, por el contrario, existe prueba suficiente del actual bienestar, en todos los sentidos, de los hijos de la situación que viven cotidianamente en compañía de la madre", "no existiendo dato que permita afirmar que la madre no cumpla adecuadamente con el ejercicio de tal función de custodia de las mismas, pues dichas hijas actualmente se encuentran integradas y adaptadas a su organización familiar actual, si bien se acepta por parte de aquéllas la comunicación y el contacto con el padre en los periodos de visitas"*.

6º El demandante D. Torcuato interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, admitidos ambos por auto de esta Sala de 23 febrero 2010 . Figura el escrito de oposición de la parte recurrida.

Ha informado el Ministerio Fiscal, quien apoya el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

### **I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.**

**SEGUNDO.** El motivo tercero, primero del recurso extraordinario por infracción procesal se funda en la desestimación de la interposición del incidente de prejudicialidad europea (art. 469.1,3 LEC , en relación al art. 234 del Tratado de la UE y el art. 96.1 CE ). El recurrente solicitó el planteamiento de esta cuestión en el acto del juicio oral; se repitió en el recurso de apelación, siendo rechazado en la sentencia que se recurre. Señala que el tribunal nacional no puede dejar de presentar este incidente para que se considere si la normativa interna es o no adecuada a la europea. La razón estriba en la vulneración por el proceso civil, de los arts. 1, 10, 14 y 24 CE y ello en la interpretación que se les debe dar al amparo de los arts. 3.1, 6, 7, 20, 21, 23, 24, 33 y 47 de la Carta de **Derechos** Fundamentales de la UE, los arts. 2 y 3 del Tratado Constitutivo de la UE y el principio jurídico de no discriminación contenido en el art. 14 del Convenio europeo para la Protección de los **Derechos** Humanos y las Libertades fundamentales, ya que existe una discriminación indirecta contra el hombre, puesto que el único argumento de la sentencia para justificar un régimen privilegiado para la madre es que ésta ha ejercido satisfactoriamente la guarda y custodia y que ello no ha sido perjudicial para las niñas. En estas actuaciones, el padre solicita un régimen de custodia que comporta un reparto de tareas y a pesar de admitirse la guarda y custodia compartida en nuestro **derecho** interno, constituye una discriminación indirecta por motivos sexuales, compuesta por normas de **derecho** interno contrarias al **derecho** comunitario, violando el capítulo relativo a la igualdad en la Carta de **Derechos** Fundamentales de la UE promulgada en el año 2000.

*El motivo se desestima.*

Se formula en este motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la cuestión relativa a la necesidad de presentar una cuestión prejudicial europea, por haberse vulnerado las reglas del Tratado de la UE que protegen el Principio de igualdad y la Carta de los **derechos** fundamentales de la UE. La respuesta debe ser negativa por las siguientes razones:

1ª De acuerdo con el art. 234 TCE , "El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación del presente Tratado; [...] Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo[...]". De acuerdo con esta disposición, no concurren en el presente supuesto los requisitos exigidos en el Tratado CE, porque no presenta ninguna duda sobre **derecho** europeo. La cuestión prejudicial de interpretación es el instrumento privilegiado del que dispone el Tribunal de Justicia para desempeñar su función de garante de la interpretación y aplicación uniforme del **derecho** comunitario y al no tratarse de **derecho** comunitario, es imposible acceder a la petición relativa a la prejudicialidad.

2ª La protección del principio de igualdad entre hombre y mujer no requiere la interposición de una cuestión prejudicial ante el Tribunal europeo, porque su incorporación al ordenamiento jurídico español en el Art. 14 CE y su imposición a los progenitores en el art. 39 CE determina que sea el **derecho** interno el que debe aplicarse para resolver la cuestión planteada.

3ª La cuestión de prejudicialidad se circunscribe solo a la interpretación del **derecho** comunitario. La respuesta del TJCE debe ser necesaria para la solución de un caso real, de modo que la cuestión prejudicial sea imprescindible para su solución.

Ninguna de estas condiciones se encuentra en el presente litigio, que no requiere el recurso a la legislación europea para la solución del caso.

**TERCERO.** El 2º motivo, cuarto del recurso, se presenta al amparo del Art. 469, 1,2 LEC, denuncia la falta de motivación de la sentencia (Art. 24.1 CE, Art. 11.1 y 3 LOPJ y Art. 208.2 LEC) y la valoración de la prueba (Art. 752.2 LEC). En realidad, contiene diferentes submotivos.

1º submotivo. Falta de motivación de la negativa a presentar una cuestión de inconstitucionalidad relativa a la exigencia de que concurra informe favorable del Ministerio Fiscal para declarar la custodia compartida. Esta disposición supone una extralimitación de las funciones encomendadas al Ministerio Fiscal que invade las competencias otorgadas al juez por imperativo constitucional.

*No se estima.*

El problema denunciado no se plantea en el presente recurso, puesto que la sentencia ahora recurrida basa su argumentación en el informe de los servicios psicosociales, que analiza y no en el informe del Ministerio Fiscal, al que se hace referencia. Además, en este momento, se ha admitido a trámite el recurso, con el informe del Fiscal.

2º submotivo. Errónea valoración de la prueba. Se basa la sentencia en que las niñas han manifestado el deseo de continuar con la madre, lo que se deduce del informe psicosocial, cuando éste reconoce inequívocamente que se reúnen para la viabilidad de la guarda y custodia compartida, aunque sus conclusiones son contradictorias.

*No se estima.*

La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilada a la de los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre, dijo que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC. De este modo, solo cuando dicha valoración no respete "las reglas de la sana crítica", podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación efectuada por el juez por la realizada por el recurrente.

En consecuencia, se *desestima el segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.*

## II. RECURSO DE CASACIÓN

**CUARTO.** El recurso de casación se presenta antes del recurso extraordinario por infracción procesal. Está dividido en dos motivos, aunque el primero se divide en tres submotivos. Se formula porque el recurrente entiende que presenta interés casacional, al amparo del art. 477, 1, 3 LEC.

Su enunciado dice que la sentencia recurrida afirma que se requiere acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos por la ley para la modificación de las medidas referentes a la guarda y custodia de las hijas y que no se ha atestiguado que tal régimen sea el único sistema de guarda capaz de proteger el interés de los menores, lo que entra en contradicción con lo sentado en otras sentencias y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

El primer motivo se encuentra dividido en tres submotivos y se resume de la siguiente manera: 1º) la compatibilidad o no del sistema de guarda compartida con el ordenamiento jurídico español, con cita de dos sentencias de la AP de Madrid y dos de la AP de Valencia, que entienden que la guarda compartida es compatible con el ordenamiento jurídico español; 2º) sobre la idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores, y 3º) sobre la excepcionalidad o generalidad del sistema de custodia compartida en la resolución de los conflictos sobre guarda de menores.

*Los tres submotivos se desestiman.*

Debe repetir esta Sala la argumentación contenida en la STS 659/2011, de 3 octubre, formulada en un recurso de casación prácticamente idéntico. Se resumen a continuación los argumentos principales, aplicables en este recurso:

1º El interés casacional lo constituye no la simple diferencia entre sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales y la sentencia impugnada, sino "la existencia de un previo y reiterado antagonismo

entre órganos jurisdiccionales" que da lugar a una jurisprudencia contradictoria, que en virtud del principio de seguridad jurídica, el legislador trata de evitar.

2º Es difícil fijar los términos de contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación de lo que constituye "interés del menor" en sentencias sobre guarda y custodia, porque en la mayoría de los casos lo que se decide es el asunto concreto de acuerdo con los informes aportados en cada uno de ellos ( STS 578/2011, de 20 julio ).

3º No se ha demostrado la contradicción entre las sentencias aportadas.

4º El TS debe examinar si la resolución recurrida ha aplicado correctamente los criterios objetivos en los que se concreta el interés del menor, no está autorizada para formular doctrina general cuando no existe contradicción entre las sentencias aportadas como discordantes.

**QUINTO.** El *motivo segundo* se formula al amparo del *art. 477.2,3 LEC* por presentar interés casacional al ser el *art. 92 CC* una norma con menos de cinco años de vigencia. Desarrolla el motivo una historia de la reforma del *Art. 92 CC* , recogiendo las intervenciones parlamentarias y la Exposición de motivos de la *ley 15/2005* , para acabar diciendo que se trata de un sistema legal no incompatible con el ordenamiento jurídico vigente, es generalizable y considerado beneficioso para los menores.

*El motivo se desestima.*

El recurrente no alega en ningún caso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida, lo que por sí solo lleva a la desestimación de este motivo del recurso. El recurso de casación debería haber examinado los argumentos utilizados en la sentencia recurrida para atribuir la guarda y custodia compartida, puesto que como se ha dicho en otras SSTs, este sistema está concebido en el *art. 92 CC* como una forma de protección del interés de los menores cuando sus progenitores no conviven, no como un sistema de premio o castigo al cónyuge por su actitud en el ejercicio de la guarda ( SSTs 496/2011, de 7 julio ; 84/2011, de 21 febrero y 94/2010, de 11 marzo ). En el presente caso, no se ha ni tan solo alegado en el recurso de casación la vulneración del interés de las hijas del recurrente, ambas menores de edad, en cuyo único beneficio debe acordarse esta medida. Y todo ello, sin perjuicio de que vuelva a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello.

**SEXTO.** La desestimación de todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de D. Torcuato , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 29 mayo 2009 , determina la de su recurso extraordinario por infracción procesal.

La desestimación de todos los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Torcuato contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 29 mayo 2009 , determina la de su recurso de casación.

Se imponen al recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

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

## FALLAMOS

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de D. Torcuato contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 29 mayo 2009, dictada en el rollo de apelación nº 169/2009

2º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Torcuato contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 29 mayo 2009, dictada en el rollo de apelación nº 169/2009 .

3º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

4º Se imponen al recurrente las costas de su recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

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 .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Jesus Corbal**

**Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias .-Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Léída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ