

Roj: STS 3214/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3214
Id Cendoj: 28079110012015100423
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1712/2014
Nº de Resolución: 409/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Julio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al Margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación Procesal de don Ricardo , contra la sentencia dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el 14 de abril de 2014, recaída en el rollo de apelación 449/2013 , dimanante de los autos de divorcio 1067/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Collado Villalba.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Ricardo , representado por la Procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago.

Ha comparecido en calidad de parte recurrida doña Almudena , representada por el Procurador don Federico Pinilla Romeo.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia .

1. El Procurador de los Tribunales don José María Rodríguez Jiménez, en nombre y representación de don Ricardo , interpuso demanda de disolución por divorcio del matrimonio contraído con doña Almudena . En el suplico de la demanda solicitó al Juzgado:

« *SUPlico: Que teniendo por presentado este escrito, con el poder y documentos que se acompañan, a mí por comparecido y parte en la representación que ostento, y por formulada DEMANDA DE DISOLUCIÓN POR EL DIVORCIO del matrimonio de mi poderdante con Doña Almudena , se sirva admitirlo y previa la tramitación legal de rigor, dictar en su día sentencia por la que estimando esta demanda, se declare la disolución del matrimonio por el divorcio, determinándose los siguientes efectos del mismo:*

1º.- *La DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL por el divorcio.*

2º.- *Atribución de la GUARDA Y CUSTODIA de la hija menor Virtudes de forma compartida a ambos progenitores, manteniéndose el ejercicio compartido de la PATRIA POTESTAD.*

Durante los periodos escolares, el Sr. Ricardo y la Sra. Almudena se alternarán en la compañía de su hija Virtudes . La duración de cada estancia será de una semana completa, de lunes a lunes, comenzando su ejercicio el Sr. Ricardo , debiendo hacerse las entregas los lunes en el colegio y haciendo que coincida la semana que el Sr. Ricardo pase con sus hijos con el fin de semana que su pareja disfruta de la compañía de sus hijos. Acompañamos, como documento nº calendario de visitas del año 2012 de fines de semana que la Sra. Lourdes disfruta de la compañía de sus hijos.

Las vacaciones escolares de Navidad, serán disfrutadas por mitad por ambos progenitores y a falta de otro acuerdo distinto entre las partes, le corresponderá a la Sra. Almudena la primera mitad, los años pares, y la segunda, mitad los años impares.

La primera parte comprenderá desde las 21 horas del último día lectivo de la menor hasta las 16 horas del día 31 de diciembre y la segunda parte desde el 31 de diciembre a las 16 horas las 21 horas del último día no lectivo de la menor.

Las vacaciones escolares de Semana Santa, serán disfrutadas por completo por cada progenitor en años alternos, correspondiéndole, a falta de otro acuerdo distinto entre los comparecientes, a la Sra. Almudena los años pares y al Sr. Ricardo los años impares. Comprenderá desde las 21 horas del último día lectivo de la menor hasta las 21 horas del último día no lectivo de la menor.

Durante las vacaciones escolares de verano, cada progenitor tendrá consigo a la menor la mitad de dicho periodo, correspondiéndole a la Sra. Almudena a falta de otro acuerdo distinto entre los progenitores, la primera parte en años pares y la segunda en los impares.

La primera parte comprenderá desde las 21 horas del último día lectivo en junio hasta las 12 horas del día 1 de agosto y la segunda parte desde las 12 horas del 1 de agosto hasta las 21 horas del último día no lectivo de la menor en septiembre.

En todos los periodos vacacionales la entrega de la menor se realizará en el domicilio del progenitor que vaya a tenerlos en su compañía el periodo siguiente a la hora establecida.

La menor estará en compañía del Sr. Ricardo el día del padre y con la Sra. Almudena el día de la madre.

El día cumpleaños de la menor, estará con el progenitor que no ostente su **custodia** en ese momento desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas. [...] »

2. La Procuradora de los Tribunales doña Lina María Esteban Sánchez, en nombre y representación de doña Almudena , contestó a la demanda de divorcio oponiéndose a las pretensiones instadas de adverso en cuanto a los efectos que solicitan. En el suplico de la demanda solicitó al Juzgado:

« **SUPLICO AL JUZGADO:** Que teniendo por presentado este escrito con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, y en su virtud tenga por contestada en tiempo y forma por DOÑA Almudena la demanda de Divorcio instada por su esposo, teniendo al Procurador que suscribe por personado y parte en la representación que ostenta, con el cual se han de seguir las sucesivas diligencias y tras los tramites del procedimiento, dictar en su día sentencia acordando la disolución del matrimonio de estos esposos por divorcio, y teniéndonos por opuestos a las medidas interesadas de adverso en atención a todo lo expuesto y acreditado, se acuerden como medidas definitivas inherentes a la declaración de divorcio las siguientes:

- 1.- Que la patria potestad sea compartida entre los progenitores.-
- 2.- Atribuir la guarda y **custodia** de la hija Virtudes a DOÑA Almudena
- 3.- Como visitas y comunicaciones de la hija con el padre se fijen:

A.- Fines de semana: El SR. Ricardo podrá tener a su hija consigo en fines de semana alternos desde el viernes a las 17 h hasta el domingo a las 20 h recogiendo y devolviendo a la menor en el domicilio materno. Si el día anterior o posterior al fin de semana fuere fiesta y/o puente escolar, dicho día quedará unido al fin de semana.

- Igualmente el Sr. Ricardo podrá ver y tener a su hija consigo al tarde de los miércoles desde las 17h hasta las 20 h, recogiendo y devolviendo a la menor en el domicilio materno.

- Los días festivos no unidos al fin de semana se repartirán alternativamente entre los progenitores.

B.- Vacaciones de Navidad. Se dividirá en dos períodos, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre, y siendo los períodos siguientes:

b.1.- primer período: desde la salida del colegio del último día lectivo hasta el día 30 de diciembre a las 20h.

b.2.- segundo período: desde el día 30 de diciembre a las 20h hasta las 20h del día anterior al inicio del curso escolar. -

C.- Semana Santa se dividirá en dos períodos, eligiendo los años impares la madre y los pares el padre, y siendo los períodos siguientes:

c.1.- primer período: desde la salida del colegio del último día lectivo hasta el Miércoles de Dolores a las 20h.

c.2.- segundo período: desde el Miércoles de Dolores a las 20h hasta las 20h del día anterior al inicio del curso escolar. D.- Verano. Comprenderá los meses de Julio y Agosto, eligiendo los años pares la madre el mes a disfrutar con su hija y el padre en los impares, siendo la recogida de la menor el día 1 del mes que corresponda a las 1 Oh de la mañana y reintegrándola el día 31 de dicho mes a las 20h.

4.- **Pensión de alimentos.**- La pensión de alimentos para la hija debe fijarse con cargo al padre, en virtud de la **custodia** que ha de seguir manteniendo la SRA, Almudena , en suma de 2000 euros mensuales pagaderos dentro de los cinco primeros días de mes y en doce mensualidades al año con actualización anual conforme al IPC que emite el INE.

Subsidiariamente, debe mantenerse la pensión fijada en la sentencia de separación actualizada a 1.369 # al mes.

Los gastos extraordinarios de la hija relacionados con la educación y formación, tales como actividades extraescolares, clases particulares de apoyo, cursos de formación, masters, etc., así como los relativos a salud tales como intervenciones quirúrgicas, tratamientos de ortodoncia, oftalmología., tratamientos prolongados, rehabilitaciones, recuperaciones, analíticas, radiografías, prótesis, gafas, etc. no cubiertos por la seguridad social o por la sociedad médica a la que pertenezca la hija, serán abonados al 50% entre ambos progenitores previo acuerdo de los mismos o en su defecto autorización judicial.

5.- **Atribuir a la SRA.** Almudena y a la hija bajo cuya **custodia** queda el uso y disfrute del domicilio conyugal hasta que la hija adquiera independencia económica. -

6.- Los gastos de la vivienda familiar inherentes a la propiedad sita en la CALLE000 n° NUM000 de Torrelodones, y los gastos de la vivienda sita en la c/ DIRECCION000 n° NUM001 de la misma localidad, propiedad de los litigantes serán abonados al 50% por ambas partes, y si hubiera ingresos provenientes del alquiler de esta última, deberán percibirse los ingresos igualmente al 50% entre ambos copropietarios, tal y como recoge la sentencia de separación de fecha 28 de septiembre de 2005 y cuyo efecto no fue revocado por la Superioridad. »

3. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción dictó sentencia el 23 de julio de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«[...] FALLO: ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Don Ricardo contra Doña Almudena , y DECLARAR la disolución por DIVORCIO del matrimonio que se celebró entre ambos el día 30 de junio de 1995, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales devengadas en este procedimiento y acordando las siguientes medidas de la situación que se constituye:

1. Se extingue la vida en común de los casados así como la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica y sin posibilidad de que opere reconciliación alguna sobre la disolución del vínculo matrimonial (artículo 84 del Cc).

2. Quedan revocados con carácter definitivo los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

3 La atribución de la guarda y **custodia** de la hija menor de edad común de las partes, a la madre, manteniendo ambos progenitores compartida la patria potestad.

1. 'La fijación de un régimen de comunicaciones y visitas a favor del progenitor no custodio, esto es, el Sr. Ricardo , consistente en que el padre pudiera tener consigo a su hija durante los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio de los menores hasta el domingo a las 21 horas, debiendo dejar a su hija en el domicilio materno. Deberá indicar el padre en que fin de semana comienza la alternancia.

Así mis el padre podrá estar en compañía de su hija un día entre semana, los miércoles, debiendo recoger a la menor en el colegio, una vez finalizada la jornada escolar y devolviéndola en el hogar familiar a las 21 horas.

Los puentes y festivos unidos a un fin de semana serán disfrutados por el progenitor al que corresponda disfrutar de la compañía de su hijo en el fin de semana al que vaya aparejado.

En cuanto a los días del padre y de la madre, el progenitor cuyo día se esté celebrando tendrá derecho a disfrutar de ese día en compañía de su hija. Si el día de la madre no fuera fin de semana de los correspondientes a régimen de visitas, tendrá ésta derecho a disfrutar este día igualmente de su hija, debiendo cambiar un domingo al padre para que pueda disfrutar de la menor.

En cuanto a los períodos vacacionales corresponderá a cada uno de los progenitores disfrutar de la compañía del hijo por igual, debiendo repartirse los periodos entre ambos de la siguiente forma:

- Las vacaciones escolares de Navidad corresponderán por mitad a ambos progenitores, distribuyéndose las mismas en dos periodos de igual duración, incluyéndose los días de Noche Buena y Navidad en el primer periodo y de Noche Vieja y Reyes en el segundo. El primer periodo se extenderá desde el día de comienzo de las vacaciones a la hora de finalización de las clases hasta el día 31 de diciembre a las 12:00 horas, y el segundo periodo desde las 12 horas del día 31 de diciembre hasta el día anterior a la reanudación de las clases a las 21:00. El padre elegirá el periodo a disfrutar con su hijo en los años impares y la madre en los pares.

Las vacaciones escolares de Semana Santa, por su corta duración, serán disfrutadas en su totalidad por cada uno de los cónyuges en años alternos. Correspondiendo en los años impares al padre y en los pares a la madre. Dicho periodo comprende desde el día de comienzo de las vacaciones a la hora de finalización de las clases hasta el día anterior a la reanudación de las clases a las 2 1: 00.

- Las vacaciones escolares de Verano del menor serán disfrutadas por mitad por cada uno de los progenitores de la siguiente forma en defecto de acuerdo:

Desde el día de comienzo de las vacaciones escolares hasta el 1 de agosto a las 12:00 de la mañana y desde el 1 de agosto a las 12:00 de la mañana hasta el día anterior al comienzo de las clases a las 21:00 horas. Para los casos en que no exista acuerdo al respecto el progenitor al que le corresponda ese año elegir el periodo vacacional a disfrutar en compañía de la menor, le deberá comunicar al otro el periodo elegido al menos con un mes de antelación al inicio de las vacaciones, a fin de permitir al otro progenitor organizarlas en función del periodo que le corresponda. De no respetarse el citado periodo de antelación por el progenitor al que le corresponda elegir, será el otro progenitor el que tenga derecho (a elegir el periodo vacacional a disfrutar en compañía de la menor, sin que ello suponga una alteración en el turno de elección de los períodos vacacionales. Durante los periodos vacacionales quedará en suspenso el régimen de visitas.

4. Con respecto al uso del domicilio familiar, éste, junto con el ajuar y el mobiliario de la vivienda, se atribuyen a la hija menor de edad de la pareja y a la madre bajo cuya guarda y **custodia** queda, quienes continuarán residiendo en el mismo como han venido haciendo hasta ahora. La atribución de dicho uso perdurará hasta que la hija adquiera su independencia económica o hasta que abandone definitivamente el hogar familiar. Ambos progenitores deberán comunicarse los sucesivos cambios de domicilio con el fin de poder ejercer con toda responsabilidad las funciones inherentes a la patria potestad.

5. El establecimiento de una pensión en concepto de alimentos a favor de la hija menor de edad y a cargo del progenitor no custodio, esto es, el Sr. Ricardo, de -.1369,82.- euros mensuales, revisable tal cantidad anualmente según la variación que experimentara el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística y organismo que pudiera sustituirle. Dicha cantidad debe ser abonada por el Sr. Ricardo dentro de los cinco primeros días de cada mes en el número de cuenta que la madre designe al efecto. Igualmente deberá el Sr. Ricardo hacer frente al pago de la mitad de los gastos extraordinarios de la menor, siempre que se haya acordado realizarlos de mutuo acuerdo. Se entenderán por gastos extraordinarios las actividades extraescolares de los menores que no estén expresamente contempladas como gasto ordinario de la presente demanda, las clases particulares, excursiones, cursillos y campamentos a los que asistan los hijos comunes, así como cualquier otro gasto distinto de los de carácter ordinario en que incurra el menor. Igualmente tendrán la consideración de gastos extraordinarios la adquisición del material y/o equipación necesarios para la realización de actividades anteriormente mencionadas que realicen. »

Tramitación en segunda instancia.

4. La representación procesal de don Ricardo, interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, correspondiendo su resolución a la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 14 de abril de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

« Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procurador Doña Mª Carmen Ortiz Cornago en nombre y representación de Don Ricardo, contra la sentencia dictada en fecha 23 de julio de 2012, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Collado Villalba, en autos sobre Divorcio nº 1067/11, seguidos a instancia del citado contra Doña Almudena, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el único sentido de establecer que el gasto extraordinario de la hija menor se afrontara al 50% entre ambos progenitores, entendiendo como tal los gastos médicos, quirúrgicos, clínicos, urgentes y necesarios, afectantes a la salud física o psíquica de la menor.

Igualmente se incluye en tal concepto los gastos extraordinarios de educación y formación de la hija, actividades extraescolares, gastos de viajes, de alto coste, de la menor, excursiones de alto coste, de dicha menor, previo acuerdo de las partes o, en su caso, mediando autorización judicial, con remisión a las partes, a falta de acuerdo, a lo prevenido en el artículo 776-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se aclara que, en cuanto al régimen de visitas, el fin de semana siguiente al último periodo vacacional corresponde al progenitor que no haya disfrutado de la compañía de la menor en dicho último periodo de vacaciones de verano, Navidad, o Semana Santa.

El derecho de uso de la vivienda familiar a favor de la hija menor en compañía del progenitor con el que conviva se otorga hasta la fecha en la que dicha hija adquiera la mayoría de edad, circunstancia que determinará automáticamente la extinción de tal derecho de uso, todo ello sin perjuicio de lo que se pueda resolver en fase de ejecución de sentencia, cuando se produzca dicha circunstancia, la mayoría de edad, sobre la ocupación de dicha vivienda a favor de uno u otro progenitor, si procediera, llegado el caso, la ocupación a favor de uno u otro, por un periodo temporal, por períodos igualitarios, alternos, etc., cuestiones a resolver, o bien en fase de ejecución de sentencia, o por el cauce prevenido en el trámite procesal de la formación de inventario y la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

En cuanto al régimen de visitas en festivos entre semana se repartirán con carácter alterno, de 11 h. a 20.

Desestimándose el resto de las pretensiones planteadas por la parte apelante, se confirman los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, sin hacer declaración sobre condena en las costas del recurso.

Y en cuanto al depósito consignado en su momento procesal, conforme a la Ley 1/09 de 30 de noviembre, disposición Adicional 5 punto 8 , devuélvasele por el Juzgado de Instancia. »

Interposición de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación.

5. Contra la anterior resolución la representación procesal de don Ricardo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación con base en los siguientes motivos:

Recurso extraordinario por infracción procesal . Con base en un único motivo: Se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo establecido en el artículo 286 de la LEC y del artículo 752 de la LEC .

Recurso de casación:

Motivo Primero. Se formula al amparo del artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto al artículo 92.8 del Código Civil .

Motivo Segundo. Se formula por contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los criterios interpretativos relativos a las relaciones entre los progenitores.

Motivo Tercero. Se formula por infracción del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39, párrafo segundo.

6. La Sala dictó Auto el 4 de marzo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

« ADMITIR LOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de don Ricardo contra la Sentencia dictada, con fecha 14 de abril de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª), en el rollo de apelación nº 449/2013 , dimanante de los autos de juicio de divorcio nº 1067/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Collado Villalba. [...] »

7. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la representación procesal de doña Almudena , impugno los recursos formulados de contrario.

8. El Ministerio Fiscal, en su informe de 22 de abril de 2015, solicitó la estimación del recurso de casación y la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal.

9. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 23 de junio de 2015 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO. Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. Don Ricardo y doña Almudena contrajeron matrimonio el 30 de junio de 1995.
2. De dicho matrimonio nació y vive una hija llamada Virtudes , cuyo nacimiento tuvo lugar el NUM002 de 2003, por lo que a la fecha actual cuenta con 11 años de edad.
3. Antes del nacimiento de la menor surgió la crisis matrimonial, acompañada de la separación de hecho de los cónyuges, si bien se encuentran legalmente separados a partir de la sentencia recaída al efecto el 28 de septiembre de 2005 .
4. En dicha sentencia se atribuyó la guarda y **custodia** de la hija a la madre, estableciendo un régimen de visitas ordenado y habitual a favor del padre, distinguiendo entre antes y después de los 3 años de edad de la menor. El régimen de visitas sufrió una leve modificación por la sentencia resolutoria del recurso de apelación dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 1 de octubre de 2007 .
5. La representación procesal de don Ricardo presentó demanda de disolución por divorcio contra doña Almudena el 22 de diciembre de 2011, solicitando, entre otras medidas consecuencia del mismo, la guarda y **custodia** compartida de la menor de forma alternativa, proponiendo el contenido de la medida.
6. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Collado Villalba dictó sentencia el 23 de julio de 2012 por la que declaraba la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre las partes, si bien no accedía a la guarda y **custodia** compartida de la hija, manteniendo la medida en los términos fijados en la sentencia precedente de separación.
7. La sentencia, al razonar su decisión, estima que la búsqueda del beneficio de la hija menor aconseja que la guarda y **custodia** de la misma se atribuya a la madre, por los siguientes motivos: (i) En la exploración la menor afirma que se siente cómoda con ambos progenitores, pero le gusta como vive actualmente y desea continuar viviendo con su madre, con quien ha vivido siempre, pues sus padres se separaron cuando "ella estaba en la tripa de su madre"; (ii) El beneficio e interés de la menor aconseja que la guarda y **custodia** la tenga la madre, siendo la patria potestad compartida y con un régimen de visitas a favor del padre; (iii) La menor vive con estabilidad y comodidad su situación actual, y no existe una crisis sobrevenida consecuencia de la cual sea "readaptar" el grupo familiar, alterando la vida estable, saludable y adaptada en que se encuentra, y ello con independencia de que el padre esté actualmente conviviendo con otro núcleo familiar.
8. La representación procesal de don Ricardo interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia cuyo conocimiento correspondió a la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid que dictó sentencia el 14 de abril de 2014 manteniendo la guarda y **custodia** de la menor a favor de la madre.
9. La anterior sentencia hace una previa declaración de principios en los siguientes términos: (i) Lo resuelto en anteriores procedimientos respecto a la hija menor puede revisarse en otros posteriores, pero será necesario acreditar el cambio en las circunstancias que motiven la modificación de las medias que afectan de modo directo a aquella; (ii) La decisión que se adopte debe tener como referencia el interés y el beneficio de los menores, de conformidad con lo establecido en el artículo 39 de la CE , así como lo señalado en el artículo 92 del CC , y los artículos 1 y 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor , de fecha 15 de enero de 1996, y la Normativa Internacional, a la sazón, la Declaración de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas de 1959, pues en todos los casos el interés de los hijos debe ser la consideración primordial en orden a resolver sobre la **custodia** de los mismos.
10. A partir de tales principios, y teniendo en cuenta lo que se decidió en procedimientos precedentes, se afirma que: (i) ninguna incidencia justifica la petición en relación con el cambio de guarda y **custodia** de la menor; (ii) se reconoce, no obstante, que ambos progenitores cumplen acertadamente con su función de padres, sin alteraciones ni incumplimientos en cuanto al régimen de visitas, aunque la comunicación entre ellos no sea buena ni fluida.
11. Contra la anterior sentencia interpuso la representación procesal de don Ricardo recurso de casación por interés casacional, al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y recurso extraordinario por infracción procesal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .
12. Por Auto de 4 de marzo de 2015 se admitieron ambos recursos y, previo traslado, presentó escrito de oposición a ellos la representación de la parte recurrida y el Ministerio Fiscal se opuso al extraordinario por infracción procesal y solicitó que se estimase el recurso de casación.

Recuso Extraordinario por Infracción Procesal.

SEGUNDO. Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.

Se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de lo establecido en el artículo 286 de la LEC y del artículo 752 de la LEC .

En el desarrollo argumental del motivo alega que en virtud de lo establecido en el artículo 286 de la LEC puso en conocimiento del Tribunal de apelación un hecho nuevo relevante, cual era que el actor y apelante se había quedado sin empleo y ello tenía incidencia en la resolución a dictar y, sin embargo, el Tribunal no admitió la documental aportada y desestimó más tarde el recurso de reposición que se interpuso contra aquella decisión.

TERCERO. Decisión de la Sala.

1. Procede examinar en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal, por cuanto postula la parte recurrente que, de admitirse, se acuerde la nulidad de actuaciones, retrayéndolas a la fecha en que se cometió la infracción.

2. El artículo 752 de la LEC altera el principio procesal de aportación de parte, pudiendo el Tribunal acordar de oficio las pruebas que tenga por conveniente, pues se trata de alcanzar en estos procesos la verdad real frente a la formal, más propia de los procesos civiles regidos por un principio dispositivo puro. Tal facultad no solo es predicable para el órgano judicial de la primera instancia sino que se extiende de acuerdo con lo dispuesto en el art. 752.3 de la LEC , a la segunda instancia, con amplia libertad de aportación de pruebas. Como recoge la STS 749/2012 de 4 de diciembre :

"Constituye doctrina consolidada (SSTS de 2 de noviembre de 2011, RC n.º 1003/2010 ; 5 de octubre de 2011, RC n.º 185/2009 ; 13 de junio de 2011 , RCIP n.º 1255/2009 y 25 de abril de 2011, RC n.º 646/2008) que el artículo 752 LEC es una norma especial en materia de prueba, que excepciona la aplicación de reglas generales sobre esta materia (como las recogidas en los artículos 271.1 LEC y 460 LEC) en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dada la naturaleza del objeto de estos procesos. En concreto, el artículo 752.1 LEC contiene dos reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decrete de oficio cuantas pruebas estime pertinentes."

Por ello hubiese sido posible la admisión de la prueba documental propuesta, como reconoce el Ministerio Fiscal.

3. Ahora bien, el valor probatorio de tal documental no tiene relación con la cuestión jurídica del recurso de casación, ya que la decisión de la controversia ha de contraerse a los hechos que se han debatido y probado, y la decisión del Tribunal denegando la **custodia** compartida no se funda en la imposibilidad laboral del recurrente para atender y cuidar a la menor; con lo que la inadmisión de la prueba no le ha provocado indefensión.

El motivo se desestima.

Recuso de Casación.

CUARTO. La parte recurrente articula tres motivos del recurso de casación que son los siguientes:

1. Motivo Primero:

Se formula al amparo del artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo respecto al artículo 92.8 del Código Civil .

En el desarrollo argumental del motivo alega la inaplicación de los criterios jurisprudenciales para su establecimiento, citando las STS de 1 de octubre de 2010 ; 496/2011 de 7 de julio ; 659/2011 de 3 de octubre ; 961/2011 de 10 de enero ; 758/2013 de 25 de noviembre y 257/2013 de 29 de abril, por ser obviados y detenerse en uno solo de ellos que consiste en la inexistencia de buenas relaciones entre los progenitores. Se entiende que la sentencia no ha valorado razonablemente el interés del menor.

2. Motivo Segundo.

Se formula por contradicción de la sentencia recurrida con la doctrina del Tribunal Supremo respecto a los criterios interpretativos relativos a las relaciones entre los progenitores, con cita de las SSTS 154/2012 de 9 de marzo ; 579/2011 de 22 de julio y 961/2011 de 10 de enero . Se debe diferenciar la inexistencia de unas buenas relaciones entre los progenitores de lo que supone un conflicto entres estos.

3. Motivo Tercero.

Se formula por infracción del artículo 92 CC en relación con el artículo 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de fecha 20 de noviembre de 2011, el artículo 2 de la LO 1/1996 de Protección del Menor y el artículo 39, párrafo segundo CE porque se opone a la doctrina del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico que determina la adopción de la guarda y **custodia** compartida de ambos progenitores y que recogen entre otras las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 8 de octubre de 2009 ; 10 y 11 de marzo de 2010 ; 1 de octubre de 2010 ; 7 de julio de 2011 y 9 de marzo de 2012 .

QUINTO. Decisión de la Sala.

1. Conforme autoriza la doctrina de la Sala se va a ofrecer una respuesta conjunta a los tres motivos por la íntima interrelación que tienen entre sí, ya que, desde diferentes ángulos plantean una sola cuestión, a saber, si se ha respetado el interés de la menor a la hora de decidir sobre la guarda y **custodia** compartida de la misma.

2. Se ha de partir (STS de 16 de febrero de 2015, Rc. 2827/2013) de que el régimen de guarda y **custodia** compartida debe ser el normal y deseable, señalando la Sala (SSTS 29 de abril de 2013 , 25 de abril de 2014 , 22 de octubre de 2014, Rc. 164/2014) que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en cuanto lo sea.

Ha supuesto un cambio sustancial de visión sobre la guarda y **custodia** compartida la doctrina del Tribunal Constitucional, de la que la Sala se hace eco en las sentencias citadas (STC 185/2012, de 17 de octubre)

3. Asumiendo ese principio se ha de enmarcar lo declarado por la Sala sobre el sistema de **custodia** compartida cuando afirma (SSTS de 25 de abril , 22 de octubre , 30 de octubre , 18 de noviembre de 2014 y 16 de febrero de 2015 , entre otras) que *"La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y **custodia** compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren 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, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven."*

Se pretende aproximar este régimen al modelo existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de "seguir" ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

4. A partir de tales consideraciones ha de examinarse si la sentencia recurrida infringe la doctrina de la Sala, bien entendido, como dice la sentencia de 7 de junio de 2013 que "la revisión en casación de los casos de guarda y **custodia** solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", pues "el fin último de la norma es la elección del régimen de **custodia** que más favorable resulte para el menor en interés de éste" (SSTS 9 de marzo de 2012 y 27 de abril de 2012). Lo que no es posible es convertir el recurso de casación en una tercera instancia.

5. Para la adecuada respuesta a la anterior interrogante han de valorarse los criterios que deben valorarse para la atribución de la guarda y **custodia** compartida y que han sido recogidos por esta Sala. En la sentencia de 8 de octubre de 2009, Rc. 147/2006 , reiterada por otras posteriores (STS 25 de noviembre de 2013, Rc. 2637/2012 entre otras) se señaló que: *"[...] el Código español no contiene una lista de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. [...] 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 y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; 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".

Naturalmente estos criterios deben atender, según ya se ha indicado, a la protección del interés del menor, interpretándose el artículo 92 con esa finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada si se acredita un cambio de la situación de hecho y nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

6. La Sala, aplicando la doctrina que antecede, no aprecia que la sentencia recurrida, que hace suya la de primera instancia salvo en lo que la contradiga, haya infringido la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la guarda y **custodia** compartida: (i) Reconoce como guía para decidir sobre la medida en cuestión, al igual que la Sala, el interés y beneficio de la hija menor, con cita de la legislación nacional e internacional que le sirve de apoyo; (ii) Valora la práctica anterior de los progenitores, y difícilmente se puede aproximar este régimen al existente antes de la ruptura, ya que el recurrente provocó esta última en pleno embarazo de la esposa, por lo que la menor no va a retomar el modelo sino que sería iniciarlo "ex novo"; (iii) En cuanto al deseo de la menor se concluye, tras su exploración, que se siente cómoda con ambos progenitores pero que le gusta como vive actualmente, deseando seguir viviendo con su madre, con quien siempre lo ha hecho, pues cuando se separaron sus padres "ella estaba en la tripa de su mamá"; (iv) En esas condiciones vive cómoda y con estabilidad, de forma estable y saludable, y totalmente adaptada; (v) A pesar de la insistencia de la parte recurrente las relaciones entre los padres no es la *ratio decidendi* de la sentencia, pues no son buenas pero no constan incidencias relevantes relacionadas con la menor y eso justifica que no se ponga el acento en tales relaciones sino en el beneficio de la menor por todas las circunstancias anteriores y presentes de su entorno, ya expuestas.

Es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, Rc. 1359/2013 recuerda que: *"Esta Sala debe declarar que la **custodia** compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad."*

Pero también lo es que en el supuesto examinado no existe esa especial conflictividad; por lo que el interés de la menor no se vería perjudicado por concurrir la misma, en contra de lo que ha parecido entender el recurrente, sino por las otras circunstancias recogidas por las sentencias de las instancias.

Los motivos deben desestimarse.

SEXTO. Conforme a los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC procede imponer a la parte recurrente las costas de los recursos con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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

FALLAMOS

1. Desestimar los recursos extraordinario de infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de don Ricardo , contra la sentencia dictada por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el 14 de abril de 2014, recaída en el rollo de apelación 449/2013 , dimanante de los autos de divorcio 1067/2011 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Collado Villalba.

2. Imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Francisco Marin Castan** .- **Jose Antonio Seijas Quintana**.-**Antonio Salas Carceller** .- **Francisco Javier Arroyo Fiestas** .- **Eduardo Baena Ruiz**.-
PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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.