

Roj: STS 1845/2012
Id Cendoj: 28079110012012100175
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 113/2010
Nº de Resolución: 154/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el n.º **113/2010** ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Adriano , aquí representado por la procuradora D.ª Sofía Pereda Gil, contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2009, dictada en grado de apelación, rollo n.º 373/2009, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4 .ª, dimanante de procedimiento de divorcio contencioso n.º 522/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Vicente del Raspeig. La parte recurrida no ha comparecido ante esta Sala. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Vicente del Raspeig dictó sentencia de 23 de diciembre de 2008 en el juicio de divorcio contencioso n.º 522/2007 , cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando en parte la demanda, presentada por el procurador Sr. Fernando Fernández, en nombre y representación de Dña. Elsa frente a D. Adriano debo declarar y declaro:

»1.- La disolución por divorcio del matrimonio contraído en fecha 12 de mayo de 2002, en Alicante, con los efectos legales inherentes a dicha declaración.

»2.- Atribución de la guarda y custodia de la hija menor a la madre. La patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores.

»3.- Se establece como régimen de visitas a favor del progenitor no custodio el especificado en el Fundamento de Derecho Quinto y Sexto.

»4.- El padre ha de satisfacer la cantidad de 180 euros mensuales a la hija menor en concepto de alimentos para la misma, en la cuenta que a tal efecto designe la esposa y dentro de los cinco primeros días de cada mes, cantidad que será objeto de revisión anual conforme a las variaciones del IPC. Así mismo corresponderá a cada progenitor el abono del 50% de los gastos extraordinarios de la menor.

»En todo lo demás se mantienen las medidas adoptadas en virtud de sentencia de separación (procedimiento asunto civil 82/05. Juzgado Mixto número 4 de S. Vicente del Raspeig) que aprobó el convenio regulador de fecha 17 de febrero de 2005.

»No procede hacer pronunciamiento alguno en materia de costas.»

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. La parte demandante y demandada solicitan el divorcio de los cónyuges, Dña. Elsa y D. Adriano , por entender que concurre causa legal para ello. El art. 85 del CC establece que "el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio". Como específica causa de divorcio contempla el Código Civil en su art. 86.1 ª: "Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio,

a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81". Por su parte, el art. 81.2 del Código Civil establece que "Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio".

»Consta en autos la certificación de matrimonio, que acredita que aquel se celebró el 12 de mayo de 2002 en Sta. Faz (Alicante), habiendo transcurrido por tanto el plazo de tres meses exigido en el artículo 86 del CC en relación al 81 del mismo cuerpo legal. Además en fecha 19 de abril de 2005 fue dictada sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de S. Vicente del Raspeig, en la que se acordó la separación de mutuo acuerdo de los cónyuges, aprobándose la propuesta de convenio regulador aportada por ambos.

»Procede por tanto dado el cumplimiento de lo establecido en los artículos 81 y 86 del CC según redacción proporcionada por la Ley 15/2005, acordar el divorcio solicitado.

»Segundo. En las sentencias de separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges, o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los arts. 92 y siguientes del Código Civil las medidas que hayan de sustituir a las adoptadas con anterioridad con relación a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas (art. 91 del CC).

»Tercero. En el presente caso solicitan las partes la modificación de las medidas acordadas en el convenio regulador de fecha 17 de febrero de 2005, que fueron aprobadas judicialmente en virtud de sentencia que declaró la separación legal del matrimonio por mutuo acuerdo, siendo fecha de la sentencia 19 de abril de 2005. La modificación solicitada se centra en la posibilidad de establecer guarda compartida en los progenitores de la hija habida en común, constante el matrimonio, subsidiariamente modificación del régimen de visitas, y ampliación de la cuantía que el progenitor satisface en concepto de pensión de alimentos.

»Cuarto. Conforme es sabido las medidas adoptadas judicial o convencionalmente, para regular los efectos de la separación matrimonial, no están afectadas por la santidad de cosa juzgada y cabe su modificación por cambio de las circunstancias, según dispone el artículo 90 párrafo 3.º, del Código Civil, al decir que las "medidas que el juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias" y aunque este artículo se destina a la regulación del convenio, el párrafo citado se refiere tanto a las medidas convencionales como a las judiciales, siendo de añadir que también el artículo 91 "in fine" de dicho Código dispone que las medidas acordadas en defecto de acuerdo de los cónyuges pueden ser modificadas "cuando se alteren sustancialmente las circunstancias".

»Ello es así porque el pronunciamiento de toda sentencia de separación relativo a los efectos secundarios de la misma, y las medidas correspondientes que lo disciplinan, por referirse aquellos a aspectos contingentes y sobre todo por estar estrechamente ligados a realidades vivenciales, y por ello cambiantes, no puede quedar inamovible e invariable, al contrario de lo que ocurre con los efectos primarios o esenciales, que una vez adquiere firmeza la sentencia tienen el valor de cosa juzgada, y por tanto, devienen intangibles.

»En definitiva, pues, puede afirmarse que las medidas judicialmente adoptadas están sometidas a una legal cláusula de actualización dependiente de una variación sustancial de las coyuntura en que fueron acordadas y que presupuesto, para el cambio de tales medidas, es la alteración sustancial de las circunstancias, lo que exige una ponderación por el juzgador de las circunstancias concurrentes al tiempo de adopción de las medidas cuya modificación se pretende y las actuales, que el concepto de alteración sustancial de las circunstancias, y sobre todo la apreciación de la "sustancialidad", son determinaciones totalmente casuísticas, y aunque cuando la ley habla de alteración sustancial parece referirse a que ha de ser grave, sin embargo, esa gravedad no se puede entender como supuesto derivado de variaciones extraordinarias e insólitas en las circunstancias, sino como importantes en función de la configuración inicial de las prestaciones, a las que se quiere equilibradas, como demuestra la posibilidad de su nueva aprobación cuando entrañen un grave perjuicio para los cónyuges, por eso cuando el mantenimiento de la situación originariamente pactada o adaptada por el juez suponga la producción de un perjuicio de esa entidad, o al menos no leve para una de las partes, se debe considerar que estamos ante la sustancialidad de la alteración que el art. 90 menciona.

»Quinto. En el supuesto de autos no queda acreditado que se ha producido una variación de las circunstancias tenidas en cuenta al acordar las medidas de separación de tal entidad que llevan a la modificación de las mismas, pero sí se han producido cambios que facilitan la relación del padre con su hija, así el padre ha comprado una vivienda cercana a la vivienda que fue adjudicada a la madre en la liquidación de gananciales, producida a través del convenio regulador de febrero de 2005. La del padre se sitúa en la C/

DIRECCION000 de S. Vicente del Raspeig y la de la madre en la C/ DIRECCION001 . Desde el momento que se aprobó judicialmente la propuesta de convenio regulador, el padre ha estado siempre involucrado en los cuidados de la menor, y aun no contemplándose las pernoctas con el padre, dada la corta edad de la niña, los progenitores han estado de acuerdo a que desde los dos años duerma los fines de semana alternos con el padre.

»De la prueba practicada, consistente en interrogatorio de las partes y en pericial judicial, resulta que la relación de los padres desde la separación y en cuanto al régimen de visitas siempre ha sido flexible, no existiendo desavenencias y llegando a acuerdos sobre las visitas de la menor. Tal situación se vio modificada a raíz del desencuentro entre los progenitores en relación al disfrute de las vacaciones estivales. Desde ese momento las relaciones dejaron de ser cordiales y comunicándose tan solo vía "sms".

»Siendo que las relaciones no son tan cordiales, no se produce la situación idónea para que se establezca un régimen de guarda y custodia compartida, solicitado por el padre. Dice el art. 92.5 del Cc que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Dice el art. 92.8 del CC que excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. Habiéndose practicada pericial judicial por la psicóloga Susana , de sus conclusiones, así como de las respuestas proporcionadas en el acto de la vista ante las preguntas formuladas por S.S.^a y por los letrados, confrontando esta prueba con el interrogatorio de los progenitores, se llega a la conclusión que a la vista de la edad de la menor y la relación existente actualmente entre los padres, sería más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre, consistente en fines de semana alternos, desde la salida de la menor del colegio los viernes a las 17.00 horas hasta la entrada al colegio el lunes por la mañana. Dos visitas entre semana, los martes y jueves desde la salida del colegio, donde la niña será recogida por el padre y entregada a las 18.30 horas en el domicilio de la madre, siempre que esto no perturbe las actividades extraescolares de la menor, ya que en tal caso será modificado por los progenitores de mutuo acuerdo, la hora de inicio y finalización de la visita.

»Sexto. En cuanto a las vacaciones de Navidad. El padre, los años pares, recogerá a la menor el día 22 de diciembre a las 18.00 horas hasta el 30 de diciembre a las 18.00 horas y la madre estará con la menor desde las 18.00 horas del 30 de diciembre hasta la incorporación al colegio. En los años impares será a la inversa.

»En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, igualmente se dividirán en dos periodos, coincidiendo con las vacaciones escolares de la menor, siendo disfrutadas la mitad por la madre quien elegirá los años pares y la otra mitad con el padre quien elegirá los años impares.

»Las vacaciones de verano se disfrutarán durante periodos de quince días consecutivos, estableciéndose el siguiente calendario:

Días 1 al 15 de julio.

Días 16 al 31 de julio.

Días 1 al 15 de agosto.

Días 16 al 31 de agosto.

»El padre elegirá qué dos quincenas desea disfrutar, los años pares.

»El día del padre o de la madre y cumpleaños de los progenitores, el progenitor que no tenga a la menor, podrá tenerla en su compañía desde las 11.00 horas hasta las 20.00 horas si son festivos y, si no lo son, desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas.

»El cumpleaños de la hija menor lo disfrutará cada progenitor de manera alternativa, correspondiendo al padre los años pares y a la madre los impares.

»Séptimo. La otra discrepancia se establece en torno a la pensión de alimentos a satisfacer por el padre. En el convenio regulador de fecha febrero de 2005 se estableció una cantidad de 150 #, actualizable conforme al IPC. Actualmente la cantidad es 160,5 # dadas las variaciones de IPC. La madre solicita que se amplíe a 250 # y el padre que se mantenga en 160,5 #.

»Es sabido que la pensión por alimentos debe establecerse atendiendo a las necesidades de los alimentistas y caudal del alimentante. Y ninguna circunstancia ha variado respecto de las tenidas en cuenta cuando se resolvió sobre las medidas en el procedimiento de separación, salvo la edad de la menor y sus necesidades. Actualmente ha comenzado su escolarización, con lo que los gastos han aumentado, ya que junto a los ordinarios de vestido y alimentos se añade su educación. Por ello se estima adecuado ampliar la pensión alimenticia a 180 # mensuales que el padre deberá satisfacer del mismo modo que venía cumpliendo con la obligación alimenticia hasta la fecha.

»Se conmina a los progenitores a que las relaciones entre ambos vuelvan a ser fluidas por el bien de la menor, evitando los inconvenientes de la utilización como medio de comunicación los mensajes cortos de "sms" y propiciando por el bien de la pequeña el diálogo entre ambos. Igualmente el progenitor con quien se encuentre la menor permita que la misma se pueda comunicar con el otro vía telefónica.

»Octavo. En relación a las costas, dada la especial naturaleza de la misma, no procede hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes (STS de 18 de diciembre de 1991 , 22 de julio de 1993 y 2 de junio de 1994 , según la cual teniéndose en cuenta la especialidad y particularidad de la problemática sometida al debate procesal, por razón a las relaciones personales, matrimoniales y económicas que ligán a los litigantes, y hace aconsejable no contribuir a agravarlas más con una condena impositiva de costas procesales).»

TERCERO.- La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia de 23 de septiembre de 2009, en el rollo de apelación n.º 373/2009 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Elvira Pastor Ramos, en representación de don Adriano , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Vicente del Raspeig, en fecha 23 de diciembre de 2008 , en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia confirmar como confirmamos íntegramente la misma al estar ajustada a Derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.»

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- La parte demandada, Sr. Adriano , impugna la sentencia de instancia, regidora del divorcio de su matrimonio con la Sra. Elsa , alegando varios motivos en defensa de su recurso. La demandante solicita la confirmación íntegra de la sentencia. El Ministerio Público interesa una resolución en los términos plasmados en su escrito de 8 de mayo de 2009, obrante al folio 264 de las actuaciones.

»En el primer motivo de recurso del Sr. Adriano se combate el pronunciamiento de la sentencia relativo al régimen de guarda y custodia de la menor habida en el matrimonio, insistiendo el apelante en su pretensión deducida en la instancia de que tal régimen de guarda fuese establecido en forma compartida por ambos progenitores.

»La guarda compartida fue debidamente rechazada en la instancia, siendo criterio de esta Sala que, en supuestos como el presente, en que no concurren los requisitos de procedibilidad que constituyen exigencia legal para poder atender la pretensión de custodia conjunta, dado que no hay acuerdo de las partes al respecto ni el Ministerio Fiscal informa favorablemente esta petición (artículo 92, apartados 5 y 8, del Código Civil), así como en los que las relaciones entre los progenitores resultan ser muy conflictivas, no procede acordar este tipo de medida (sentencias de esta Sección de 9 de marzo de 2006 , 1 de febrero de 2007 , 17 de febrero de 2009 y 16 de julio de 2009).

»Segundo. Tanto el demandado como el Ministerio Fiscal interesan en esta alzada que se establezca una pernocta intersemanal de la menor con aquel, tal y como el mismo interesó en la instancia, así como la psicóloga que ha emitido su pericia en las actuaciones.

»La Sala considera que resulta mucho más beneficioso para la menor el régimen de visitas que, en su conjunto, ha fijado la juez de instancia, concentrando las pernoctas en tres días consecutivos, de viernes a domingo, en vez de acordar las correspondientes a viernes y sábado, así como otra noche entre semana. Si bien es cierto que el Sr. Adriano había solicitado esa pernocta intersemanal no es menos cierto que tampoco había pedido la correspondiente al domingo. La concesión de esta equilibra satisfactoriamente las peticiones del ahora apelante y las necesidades y mejor interés de la menor, por lo que debe mantenerse este pronunciamiento en aras del "favor filii", principio rector fundamental en la materia, y conforme al criterio que con carácter general ha venido manteniendo esta Sección -tal y como se afirma, entre otras, en la sentencia

de 18 de mayo de 2006 -, en principio contrario a las visitas intersemanales, por pesar más que sus ventajas el trastorno que pueda suponer para los hábitos y obligaciones de los hijos.

»Tercero. Se interesa también por el recurrente que por este tribunal se concreten una serie de cuestiones relativas tanto al régimen de visitas entre semana como en los períodos de vacaciones; peticiones todas ellas relativas a cuestiones de detalle que, conforme a criterio reiterado de esta Sección (sentencias de 23 de septiembre de 2004 y de 18 de mayo de 2006), deben ser objeto de concreción mediante acuerdo y buena disponibilidad de las partes y, en su defecto, habrán de resolverse en ejecución de sentencia.

»Cuarto. En relación con el total régimen de visitas establecido en la sentencia impugnada ha de resolverse la última petición contenida en el recurso del apelante, con la que se muestra propicio el Ministerio Fiscal, relativa a la distribución de festivos entre los progenitores a la hora de tener consigo a la menor.

»La petición no puede ser atendida, ya que el régimen de visitas otorgado por la juez "a quo" es lo suficientemente amplio como para que deba entenderse que la sentencia de instancia no es que guarde silencio sobre este particular, sino que lo que hace es desestimar la petición formulada en este sentido por el Sr. Adriano . En consecuencia, esta Sala rechaza el motivo del recurso y, con él, la denuncia de incongruencia omisiva que se imputa a la sentencia de instancia, pues, como tiene declarado el Tribunal Constitucional, no es necesario que las resoluciones judiciales entren a resolver, con un pronunciamiento explícito, todas y cada una de las cuestiones de detalle que las partes litigantes tengan a bien proponer, siendo suficiente que se pueda considerar que la respuesta a las mismas pueda hallarse implícita en el conjunto de las consideraciones contenidas en la sentencia, cuando la misma no accede a las pretensiones de alguna de las partes.

»Quinto. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , son de imponer las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Adriano , se formularon tres motivos de casación, de los cuales se admitió el motivo primero por auto de esta Sala de 11 de enero de 2011 .

El motivo primero del escrito de interposición se introduce con la siguiente fórmula: «Se interpone el presente recurso de casación en base al motivo contenido en el art. 477.2.3º y 477.3 de la LEC habida cuenta que la sentencia recurrida resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y aplica normas que no llevan más de cinco años en vigor, siendo que en este caso, no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

Es este motivo se alega la infracción art. 92 del Código Civil , en su redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, alegando la existencia de interés casacional por tratarse de norma de vigencia inferior a cinco años. La parte recurrente alega también la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales citando por un lado las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección sexta, de 8 de mayo de 2006 y de 29 de diciembre de 2004 que determinan entre los requisitos para la custodia compartida el acuerdo mutuo entre los progenitores, y por otro las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección decimoctava de 20 de febrero de 2006 y la de la Audiencia Provincial de Castellón, sección segunda, de 23 de octubre de 2006 que determinan la procedencia de la custodia compartida aún no existiendo mutuo acuerdo entre los progenitores.

En este motivo la parte recurrente considera que la sentencia recurrida no argumenta la causa por la que considera que el nivel de conflicto entre los progenitores es elevado ni se refiere a los supuestos en que la custodia compartida puede ser concedida a pesar de no estar de acuerdo en ello ambos progenitores. Considera que no existe nivel de conflictividad entre los progenitores y que la custodia compartida procede aún cuando sea instada por uno de los progenitores, sin que deba otorgarse al informe desfavorable del Ministerio Fiscal valor vinculante para el Juez, según la Exposición de motivos de la ley 15/2005 de 8 de julio. Precisa también que en el caso el Ministerio Fiscal se apoyó en el informe psicosocial y que este informe tampoco tiene atribuido carácter vinculante en el artículo 92.9 del Código Civil .

Termina solicitando de la Sala «Tenga por formalizada la interposición del recurso de casación dentro de legal forma y plazo contra la sentencia de la Excm. Audiencia Provincial de Alicante, Sección Cuarta, de fecha 23 de septiembre de 2009 , recaída en autos, y previos los trámites legales oportunos, con remisión de los autos originales al Tribunal competente para conocer del recurso de casación que se interpone, se dicte en su día resolución por el Excmo. Tribunal Supremo, por la que se estime el presente recurso, por los motivos expuestos, admitiéndose la pretensión instada por esta parte referente a la custodia compartida solicitada, y

subsidiariamente, para el supuesto de no estimarse la anteriormente vertida, se estime la pretensión de disfrute por parte de mi representado en el ejercicio del derecho de visitas, de un día entre semana con pernocta y la distribución de los festivos alternos entre ambos progenitores.»

SEXTO.- Por auto de 11 de enero de 2011 se acordó inadmitir el recurso de casación, en cuanto a las infracciones señaladas en los motivos segundo y tercero del escrito de interposición y admitir el recurso de casación, en cuanto a las infracciones señaladas en el motivo primero del escrito de interposición. Igualmente se acordó la devolución del depósito constituido.

SÉPTIMO.- La parte recurrida no ha comparecido ante esta Sala.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal impugna el recurso manifestando su conformidad con la sentencia recurrida cuyos razonamientos no han sido desvirtuados por la parte recurrente. Señala que informe psicossocial es favorable a ambos padres, pero que dicho informe señala que el nivel de comunicación es escaso, por lo que podría dificultar el desarrollo de la custodia compartida. Impugna el recurso por las dificultades a que alude el informe psicossocial, aunque considera «altamente positivo que por esa Sala Primera se siga realizando esfuerzos interpretativos a favor de la custodia compartida».

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 29 de febrero de 2012, en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

CC, Código Civil.

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

RC, recurso de casación.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Resumen de antecedentes* .

1. D. Adriano interpuso demanda de divorcio y modificación de medidas contra D.^a Elsa solicitando con carácter principal, la guarda y custodia compartida de la hija del matrimonio y de forma subsidiaria, la ampliación del régimen de visitas. D.^a Elsa interpuso igualmente demanda de divorcio solicitando la custodia materna de la menor. Ambos procedimientos fueron acumulados. Son hechos probados que:

1.º Que D. Adriano y D.^a Elsa contrajeron matrimonio el 12 de mayo de 2002.

2.º Que el 1 de abril de 2004 nació del matrimonio una hija, D.^a Noelia .

3.º Que el 19 de abril de 2005 se dictó sentencia de separación de mutuo acuerdo con aprobación de la propuesta de convenio regulador de 17 de febrero de 2005 en la que se atribuía la custodia a la madre.

4.º Que el 6 de octubre de 2008 se emitió informe del equipo técnico psicossocial en el presente procedimiento, con las siguientes conclusiones:

«1.- No es conveniente, en este caso concreto, establecer una custodia compartida, en el que no se cumplen todos los requisitos, y el nivel actual de conflicto entre los progenitores es bastante elevado, y su nivel de comunicación es mínimo, lo que no garantiza la optimización de este tipo de guarda y custodia.

2. Parece más aconsejable, para este caso atribuir a la madre la guarda y custodia, y establecer un régimen de visitas amplio a favor del padre [...].».

2. La sentencia de primera instancia decretó el divorcio y acordó en cuanto a la guarda y custodia de la hija menor, en atención a la pericial judicial practicada y al interrogatorio de los padres, que «a la vista de la edad de la menor y la relación existente actualmente entre los padres, sería más conveniente para la pequeña

la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre». Esta decisión se basó en el hecho probado de que a raíz de un desencuentro habido entre los progenitores, las relaciones habían dejado de ser cordiales, comunicándose solo vía "sms".

3. La Audiencia Provincial de Alicante, sección 4ª, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el padre. El argumento utilizado por la Audiencia Provincial para desestimar la pretensión de custodia compartida es el siguiente: «La guarda compartida fue debidamente rechazada en la instancia, siendo criterio de esta Sala que, en supuestos como el presente, en que no concurren los requisitos de procedibilidad que constituyen exigencia legal para poder atender la pretensión de custodia conjunta, dado que no hay acuerdo de las partes al respecto ni el Ministerio Fiscal informa favorablemente esta petición (artículo 92, apartados 5 y 8, del Código Civil), así como en los que las relaciones entre los progenitores resultan ser muy conflictivas, no procede acordar este tipo de medida (sentencias de esta Sección de 9 de marzo de 2006 , 1 de febrero de 2007 , 17 de febrero de 2009 y 16 de julio de 2009)».

4. D. Adriano ha interpuesto recurso de casación al amparo del ordinal 3º del artículo 477. 2 de la LEC .

SEGUNDO .- *Enunciación del motivo primero de casación.*

El motivo primero de casación, único motivo admitido por esta Sala, se introduce con la siguiente fórmula: «Se interpone el presente recurso de casación en base al motivo contenido en el art. 477. 2. 3 .º y 477. 3 de la LEC habida cuenta que la sentencia recurrida resuelve puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales y aplica normas que no llevan más de cinco años en vigor, siendo que en este caso, no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

Es este motivo se alega la infracción art. 92 del Código Civil , en su redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, justificando la existencia de interés casacional por tratarse de una norma de vigencia inferior a cinco años. La parte recurrente alega también la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales citando por un lado las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, sección sexta, de 8 de mayo de 2006 y de 29 de diciembre de 2004 que determinan entre los requisitos para la custodia compartida el acuerdo mutuo entre los progenitores, y por otro las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección decimoctava de 20 de febrero de 2006 y la de la Audiencia Provincial de Castellón, sección segunda, de 23 de octubre de 2006 que determinan la procedencia de la custodia compartida aún no existiendo mutuo acuerdo entre los progenitores.

En este motivo la parte recurrente considera que la sentencia recurrida no argumenta la causa por la que considera que el nivel de conflicto entre los progenitores es elevado ni se refiere a los supuestos en que la custodia compartida puede ser concedida a pesar de no estar de acuerdo ambos progenitores. Considera que no existe nivel de conflictividad entre los progenitores y que la custodia compartida procede aun cuando sea instada por uno de los progenitores, sin que deba otorgarse al informe desfavorable del Ministerio Fiscal valor vinculante para el Juez, según la Exposición de motivos de la ley 15/2005 de 8 de julio. Precisa también que en el caso el Ministerio Fiscal se apoyó en el informe psicosocial y que este informe tampoco tiene atribuido carácter vinculante en el artículo 92.9 del Código Civil .

La parte recurrente, como se señaló en el auto de admisión de esta Sala de 11 de enero de 2011 ha justificado el interés casacional por aplicación de norma con vigencia inferior a cinco años, no así por existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

Este motivo ha de ser desestimado.

TERCERO .- *Doctrina de la Sala sobre la guarda y custodia compartida.*

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el régimen de guarda y custodia compartida, en todos aquellos asuntos en los que se ha justificado el interés casacional. Así, en la sentencia de 28 septiembre 2009, RC núm. 200/2006 , se interpretó el art. 92 CC en el sentido siguiente: "[...] permite al juez acordarla en dos supuestos: a) cuando sea pedida por ambos progenitores (párrafo 5), y b) cuando a pesar de no existir esta circunstancia, se acuerde para proteger el interés del menor de forma más eficaz (párrafo 8). En cualquier caso, se debe recabar informe del Ministerio Fiscal, que debe ser favorable en el supuesto previsto en el pr. 8, se debe oír a los menores cuando tengan suficiente juicio, así como tener en cuenta el informe de los equipos técnicos relativos a «la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia» (artículo. 92.9 CC). Esta normativa debe completarse con lo establecido en el artículo 91 CC , que permite al Juez una amplia facultad para decidir cuál debe ser la solución adecuada a la vista de las pruebas que obran en su poder, de modo que en los procedimientos judiciales sobre menores no rige el principio dispositivo,

tal como se afirma en la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil y regula el artículo 752.1 , 2 LECiv . Además en relación con la guarda y custodia compartida, el artículo 92.6 CC , establece que el juez debe «valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda».

Los criterios que han de valorarse en la atribución de la guarda y custodia compartida, también han sido analizados por esta Sala. Así en la sentencia de 8 octubre 2009, RC núm. 1471/2006 , 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" .

Estos criterios deben atender a la protección del interés del menor, y así el artículo 92 debe ser interpretado con esta finalidad, sin perjuicio de que la medida que se acuerde pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan un tipo distinto de guarda o impidan el que se había acordado en un momento anterior.

CUARTO.- Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

A) La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse, como esta Sala ha venido repitiendo, 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 (SSTS de 22 julio 2011 RC. 813/2009 y STS de 21 julio de 2011 RC 338/2009), pues como se señaló anteriormente, el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este.

B) El recurso de casación interpuesto debe de ser desestimado por las siguientes razones:

El recurrente no alega en su recurso la vulneración del principio del interés del menor por la sentencia recurrida, único supuesto en el que procede la revisión en casación de los casos de guarda y custodia. La parte recurrente ataca los argumentos de la sentencia de la Audiencia Provincial. Estos argumentos fueron tres: 1. º) la falta de requisitos del artículo 92, apartado 5 del CC (acuerdo de las partes); 2. º) la falta de requisitos del artículo 92, apartado 8 del CC (informe favorable del Ministerio Fiscal); 3.º) existencia de relación conflictiva entre los progenitores.

En cuanto al primero de ellos, la parte recurrente señala que la custodia compartida puede ser solicitada también únicamente por uno de los progenitores y que la sentencia recurrida no ha hecho referencia a este supuesto. Esta posibilidad está recogida legalmente (92.8 CC) sin que la sentencia recurrida haya realizado una interpretación contraria de este precepto, al recoger en sus fundamentos por remisión a la normativa, los dos supuestos legales: acuerdo de los progenitores o, falta de acuerdo con informe favorable del Ministerio Fiscal.

En cuanto al segundo de los fundamentos utilizados por la sentencia recurrida, la parte recurrente señala que el informe de Ministerio Fiscal desfavorable no puede tener un carácter vinculante para el Juez en detrimento de sus funciones judiciales. Este planteamiento ha sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, aún pendientes de resolver. La interpretación planteada por la parte recurrente sobre el carácter vinculante o no del informe del Ministerio Fiscal, no resulta condicionante para la decisión de este recurso al no ser la única razón en la que la sentencia recurrida apoyó su decisión de desestimación, pues se atendió a la conflictividad entre los cónyuges para denegar la custodia compartida.

Este último argumento también es atacado por la parte recurrente señalando que no existe conflictividad entre los cónyuges, lo que por sí solo supone causa de desestimación del recurso al producirse una alteración de la base fáctica de la sentencia recurrida que, con fundamento en la sentencia de primera instancia, ha

declarado la existencia de conflictividad entre los cónyuges, cuya comunicación se realiza por mensajes de texto de móvil («sms»).

En relación a la conflictividad entre los cónyuges, la sentencia de 22 de julio de 2011, dictada en el RC núm. 813/2009 declaró que «las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor». Esta es la situación que ha sido valorada en el caso. La sentencia recurrida, en su fundamentación ha confirmado la decisión de la sentencia de primera instancia que consideró más conveniente para la protección del interés de la menor la custodia materna en atención no solo al informe psicológico emitido, sino también en atención al interrogatorio de las partes. Una valoración conjunta de la prueba practicada determinó que la sentencia de primera instancia y por confirmación, la sentencia aquí recurrida, consideraran que «era más conveniente para la pequeña la atribución a la madre de la guarda y custodia, estableciendo un régimen de visitas amplio a favor del padre». La decisión está basada, por tanto, en el interés de la menor en atención a la prueba practicada. Como se señala en la STS de 3 de octubre de 2011 RC núm. 1965/2009 «este Tribunal no puede entrar a valorar de nuevo la prueba practicada, sino solo comprobar si se ha decidido teniendo en cuenta el interés del menor, tal como se ha dicho ya en la STS 496/2011, de 22 julio ». Al haberse atendido en el caso planteado al interés del menor, y no haberse justificado que la sentencia recurrida haya atendido incorrectamente a este interés en función de la prueba practicada, el motivo ha de ser desestimado. Y todo ello, sin perjuicio de que pueda volver a plantearse un procedimiento de modificación de medidas si concurren circunstancias para ello.

QUINTO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte que interpuso el recurso, en virtud de lo dispuesto en el art. 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC .

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Adriano , contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo n.º 373/2009, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.ª, de fecha 23 de septiembre de 2009 , cuyo fallo dice:

«Fallamos. Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Elvira Pastor Ramos, en representación de don Adriano , contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de San Vicente del Raspeig, en fecha 23 de diciembre de 2008 , en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia confirmar como confirmamos íntegramente la misma al estar ajustada a Derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas.»

2. No ha lugar a casar por el motivo formulado la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte que lo ha interpuesto.

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. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller Encarnacion Roca Trias. Rafael Gimeno-Bayon Cobos. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.