



Roj: **STS 2877/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:2877**

Id Cendoj: **28079110012016100394**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/06/2016**

Nº de Recurso: **1698/2015**

Nº de Resolución: **400/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 543/2015,**
STS 2877/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 15 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 30 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4ª en el rollo de apelación 710/2014, dimanante de los autos de divorcio contencioso 399/2013 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Bilbao. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Juan Manuel, representado por el procurador don Jesús Aguilar España. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida doña Rita, representada por la procuradora doña María Luisa Martínez Parra. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Isabel-López Linares Archederra, en nombre y representación de don Juan Manuel, interpuso demanda de juicio verbal en solicitud de divorcio contra doña Rita, en la que solicitó al Juzgado:

«[...] que esta parte anuncia que solicita desde ahora el recibimiento del pleito a prueba, se dicte sentencia decretando el divorcio de los cónyuges y las siguientes medidas:

-Disolución del régimen económico matrimonial;

-Atribución de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, Joane, al padre;

-Establecimiento de un derecho de visitas amplio en favor de la madre, tanto como los progenitores sean capaces de acordar y la madre de cumplir. En su defecto, teniendo en cuenta la corta edad de Estefanía y sus clases extraescolares:

-Una tarde entre semana a convenir con la madre en función de los horarios de madre e hija de 17 a 20 horas, y fines de semana alternos de viernes a las 17:00 horas a domingo a las 20:00 horas, pernoctando en el domicilio de la madre, extendiéndose los puentes el fin de semana según el calendario escolar;

-En las vacaciones de navidad, semana santa y verano la hija pasará con cada uno de los progenitores la mitad de cada período desde las 10:00 horas del primer día hasta las 18:00 horas del último día de cada mitad, alternándose cada año, correspondiendo a falta de acuerdo escoger período los años pares a la madre y los impares al padre.



-Las noches del 24 de diciembre y 31 de diciembre, y las comidas del 25 de diciembre y 1 de enero se repartirán por mitades, quedando a elección del progenitor al que corresponda elegir la mitad correspondiente de vacaciones de navidad, pudiendo escoger dos días de los cuatro indicados. Durante estos períodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido.

El progenitor que no se encuentre en su compañía podrá comunicar con la menor por vía telefónica, telemática o epistolar, siempre que lo haga respetando las necesidades educativas, de ocio y descanso de la menor y de quienes con ella se encuentren.

-Dos horas en el día del cumpleaños de la niña para el progenitor que no se encuentre en su compañía, así como en el día del cumpleaños del progenitor que no se encuentre en su compañía.

La madre abonará una pensión de alimentos de 300 euros al mes para unos ingresos de 1.500 euros/mes, y superior en similar proporción si se demostrara que estos vienen siendo mayores. Esta pensión será ingresada en la cuenta que para ello designe el padre doce meses al año, Por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días del mes, hasta que la hija común alcance una independencia económica, entendiéndose por tal la percepción de unos ingresos iguales o superiores al salario mínimo interprofesional o referente que lo sustituya. La pensión será actualizada anualmente conforme al IPC, debiendo producirse la primera actualización a lo doce meses de que según sentencia deba producirse el primer ingreso.

Los gastos extraordinarios serán abonados al 50% por ambos progenitores, dando cuenta de ello y previo consentimiento expreso del otro progenitor o, en su caso, autorización o aprobación judicial, entendiéndose por tales, sin que sea de modo exhaustivo, el coste de largas enfermedades, intervenciones quirúrgicas, tratamiento de ortodoncia u oculares que no sean cubiertos por la Seguridad Social o seguros privados, cursos de idiomas en el extranjero, estudios no ofertados en zona de residencia o en centros privados y viajes extraescolares.

-Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la menor y al padre en cuya compañía queda;

-Se expidan los oportunos mandamientos para la inscripción de la Sentencia en el Registro Civil en donde consta el matrimonio de las partes.

-Subsidiariamente:

-Establecimiento de una guarda y Custodia Compartida o alterna por semestres, disponiendo que los se mudarán de/a la vivienda familiar con cada cambio de semestre, quedando la menor siempre en el domicilio familiar.

En los periodos en que no estuvieran a cargo de Estefanía , cada progenitor podría estar en compañía de la hija en similar forma que la propuesta para el caso de atribución de la guarda y custodia:

-Una tarde entre semana a convenir con la madre en función de los horarios de madre e hija de 17 a 20 horas, y fines de semana alternos de viernes a las 17:00 horas a domingo a las 20:00 horas, pernoctando en el domicilio de la madre, extendiéndose los puentes el fin de semana según el calendario escolar;

-Mitad de vacaciones de semana santa, verano y navidad de acuerdo con el calendario escolar de la menor;

-Dos horas en el día del cumpleaños de la niña para el progenitor que no se encuentre en su compañía, así como en el día del cumpleaños del progenitor que no se encuentre en su compañía.

En este caso de custodia compartida cada progenitor se encargaría de subvenir a las necesidades de la menor cuando estuviera a su cuidado, siendo los gastos extraordinarios sufragados por mitades partes.»

2.- Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a las partes para contestar.

3.- El procurador don Enrique Alfonso Masip, en nombre y representación de doña Rita , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«SUPlico AL JUZGADO: Que habiendo por presentado este escrito, se digne admitirlo, tenerme por personado en nombre de quien represento, tener por contestada la demanda formulada por Don Juan Manuel , dar a la misma el trámite en derecho procedente, incluido el traslado al Ministerio Fiscal y en su día dictar sentencia por la que se declare la disolución del matrimonio formado por Don Juan Manuel y Doña Rita , acordándose las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS

1.- La disolución del matrimonio de los cónyuges.

2.- Se acuerde la revocación de los poderes que hayan podido otorgarse dichos cónyuges.

3.- Atribución la esposa y madre, de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, Estefanía , que cuenta en la actualidad con cinco años de edad.



- 4.- Atribución del uso y disfrute de la vivienda que constituye el domicilio conyugal y los objetos de uso ordinario a la hija y a la esposa, en cuya compañía es conveniente que permanezca la menor.
- 5.- Que el esposo, Sr. Juan Manuel , abone a su esposa, en concepto de pensión de alimentos para su hija, la cantidad que Ssa estime oportuna, una vez quede acreditada la capacidad económica del Sr. Juan Manuel .
- La cantidad que se establezca deberá abonarse por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, a ingresar en la cuenta que la demandada designe a tal efecto. La mencionada cantidad deberá ser actualizada cada primero de enero conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. y contribución de ambos esposos al 50% de los gastos extraordinarios de los menores.
- 6.- Que se el régimen de comunicación y visitas de la hija con el padre sea lo más amplio posible, dada la corta edad de la menor y en caso de discrepancia se establezca el siguiente régimen de comunicación y estancia de la hija con el padre:
- Días entre semana, martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20,30 horas.
 - Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta las 20,30 horas del domingo.
- Los "puentes" o "viernes y lunes festivos" conformes con el calendario escolar de los menores, se disfrutarán alternativamente por ambos progenitores, uniéndose al fin de semana correspondiente, adelantándose el día de recogida o atrasándose el día de entrega.
- Este régimen se extenderá hasta el 30 de Junio y desde el 1 de Septiembre hasta el comienzo de las clases.
- Mitad de Vacaciones de Semana Santa y Navidad se atenderá al tiempo de duración de las mismas, que se repartirán en dos periodos iguales, eligiendo la esposa el periodo que desea pasar con los menores los años pares y, el esposo elegirá los años impares.
- Cada progenitor, durante los meses de Julio y Agosto, disfrutará de la compañía de los hijos, de forma alternativa, durante dos periodos de 15 días, eligiendo la esposa los años pares y el esposo elegirá los años impares.
- 7.- Que el esposo abone la mitad de las cuotas mensuales del préstamo hipotecario que grava la vivienda, así como la mitad de los gastos inherentes a la propiedad, IBI, seguro y derramas, además de la mitad del préstamo existente contraído por el matrimonio para adquirir el vehículo familiar.
- La esposa viene regentando desde enero de 2013 el hogar del jubilado de Ugao-Miraballes, por medio de contrato de arrendamiento suscrito el 8/01/2013 (folios 336-341), contrato que ha sido renovado en enero de 2014 conforme la esposa reconoció en su interrogatorio, estando prevista una renta por el arrendamiento de 500 euros mensuales anualmente actualizable con arreglo al IPC.»
- 4.-** El Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Bilbao dictó sentencia el 2 de octubre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:
- «ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDA formulada por D. Juan Manuel contra Dña. Rita , DECRETO EL DIVORCIO DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO ENTRE LOS EXPRESADOS con todos los efectos legales, y ADOPTO LAS SIGUIENTES MEDIDAS DEFINITIVAS DEL DIVORCIO:
- 1.- Se atribuye al padre la guarda y custodia de la hija menor.
 - 2.- La patria potestad sobre la hija será ejercida de forma conjunta, comprometiéndose ambos progenitores a adoptar de común acuerdo cuantas decisiones de importancia puedan afectarle, resolviendo el Juzgado en su caso la discrepancia, salvo que por la urgencia de las mismas no resultase posible consultar con el otro progenitor, como sería el caso de cuestiones relativas a salud hospitalización, intervención quirúrgica o equivalentes, que requiriesen de una actuación inmediata. En al caso la decisión corresponderá al progenitor que en ese preciso momento tenga a la hija en su compañía.
- Son decisiones comprendidas en el ámbito de la patria potestad, que habrán de tomarse de común acuerdo por los progenitores, entre otros, el cambio de domicilio de la menor fuera del municipio de su residencia habitual, así como su traslado al extranjero; la elección del centro escolar y cambio del mismo; la determinación de las actividades extraescolares o complementarias; los actos médicos de larga duración que no revistan el carácter de urgentes; así como los de carácter psicológico; las celebraciones sociales y religiosas de relevancia, tales como la Primera Comunión. El progenitor no custodio tiene derecho en todo caso a obtener información sobre la evolución escolar de su hija y participar en las actividades tutoriales del centro escolar, así como a obtener información sobre el estado de salud y tratamiento de su hija.



3.- Se prohíbe la salida del territorio nacional de la menor Estefanía , salvo autorización judicial, librándose a tal efecto oficio a la Dirección General de la Policía y Guardia Civil comunicando la prohibición, con indicación de los datos de filiación completa de la menor.

Se acuerda la retirada del pasaporte de la menor Estefanía .

4.- Se atribuye a la hija menor y al padre el uso de la vivienda familiar sita en CALLE000 n° NUM000 - NUM001 , de la localidad de Ugao-Miraballes, con su mobiliario y ajuar, debiendo la esposa salir del domicilio familiar en el plazo máximo de quince días, bajo apercibimiento de lanzamiento.

El esposo deberá abonar los gastos por los consumos y suministros de la vivienda familiar y las cuotas ordinarias de comunidad de propietarios de dicha vivienda.

Los cónyuges abonarán por mitad las derramas extraordinarias de comunidad de propietarios de la vivienda familiar, el impuesto de bienes inmuebles y el seguro de la vivienda familiar.

5.- Como régimen mínimo de visitas de la madre con la hija, a falta de acuerdo entre las partes, la madre estará en compañía de la hija del siguiente modo.

Los fines de semana alternos desde la salida de la hija del colegio el viernes hasta el lunes por la mañana a la entrada de la hija al colegio. Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana (viernes o lunes festivos), o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios la hija común (jueves y viernes festivos o lunes y martes festivos a efectos escolares), se considerará éste período agregado al fin de semana, y en consecuencia procederá la estancia con el progenitor al que corresponda estar con la menor durante el mismo.

Dos tardes entre semana (miércoles y jueves a falta de acuerdo) desde la salida de la hija del colegio hasta las 20.30 horas.

La mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad, en dos períodos iguales, eligiendo el período a falta de acuerdo el padre los años pares y la madre los años impares.

Las vacaciones escolares de verano se dividirán en los siguientes cuatro períodos: 1º) parte no lectiva del mes de junio y primera quincena de julio, 2º) segunda quincena de julio, 3º) primera quincena de agosto, 4º) segunda quincena de agosto y parte no lectiva de septiembre. A falta de acuerdo entre los progenitores sobre su reparto, la hija alternará la estancia con uno y otro progenitor a lo largo de dichos cuatro períodos, eligiendo a falta de acuerdo el padre los años pares y la madre los años impares.

Durante las vacaciones escolares quedarán suspendidas las visitas previstas para los fines de semana alternos y entre semana, reanudándose tras la finalización de las vacaciones, correspondiendo a la hija estar el primer fin de semana posterior a las vacaciones en-compañía del progenitor con el que no haya estado durante el último período vacacional.

6.- La esposa abonará al esposo 250 euros mensuales como alimentos para la hija, cantidad que ingresará por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe el esposo, y que deberá actualizar anualmente con arreglo al IPC que para el conjunto del estado publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya tomando como base la anualidad anterior, adoptándose las medidas oportunas en caso de impago.

7 - Los gastos extraordinarios de la hija menor serán abonados por ambos progenitores por mitad. Se entiende por tales los imprevistos y que no tengan un devengo periódico, como los de enfermedad, hospitalización, tratamientos especiales, odontología, ortodoncia u óptica, o farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social o por cualquier otra mutualidad u organismo al que pudieran estar asociados o afiliados los progenitores, así como las clases de apoyo o refuerzo escolar que sean recomendadas por los profesores o tutores.

Salvo en los casos de urgencia en que no pueda consultarse con el otro progenitor, cada uno de ellos deberá poner en conocimiento del otro la necesidad extraordinaria de la hija menor que es preciso atender, acompañando la documentación oportuna (presupuesto o Información sobre la cuantía del gasto), y en caso de no recibir respuesta alguna del otro progenitor en plazo de quince días se entenderá aceptada.

Las comunicaciones señaladas deberán llevarse a efecto por un medio de cuya recepción quede debida constancia.

8.- Los cónyuges abonarán por mitad las cuotas que se devenguen del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y del préstamo para adquisición del vehículo familiar.

9.- No ha lugar a adoptar ninguna otra medida en el presente trámite procesal.

No se hace expresa imposición de las costas del procedimiento.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Rita , correspondiendo su resolución a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bilbao que dictó sentencia el 30 de marzo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación Interpuesto por doña Rita contra Sentencia dictada por el Ilmo. Sr Magistrado Juez de 1ª Instancia nº 5 de los de Bilbao en autos de divorcio contencioso nº 399/2013, de que el presente rollo dimanante, debemos revocar y parcialmente revocamos la misma; estableciendo un sistema de guarda y custodia compartida de los dos progenitores en relación con su hija común que se desarrollará por semanas alternas, y:

Los martes de la semana en que un progenitor no tenga .la custodia de la menor, podrá tenerla en su compañía desde la salida del centro escolar hasta las 20,30 horas.

2.- Los dos progenitores aperturarán una cuenta corriente en que ingresarán mensualmente la suma de 150 euros cada uno y se domiciliarán los pagos fijos o periódicos de la menor distintos de la alimentación, vestido y habitación de misma.

3.- Se atribuye a la menor el uso del domicilio familiar y sus enseres.

Todo ello sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar los cónyuges.

Sin dictar particular pronunciamiento en las costas de la presente apelación.»

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

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

Primero: se denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 238 y 460 de la LEC en cuanto que el tribunal de apelación ha tomado en consideración como prueba documental la aportada de contrario en segunda instancia y que había sido previamente inadmitida por el propio tribunal.

Segundo: se alega la infracción de los artículos 24 CE y 752 LEC al contener la sentencia impugnada una valoración de la prueba irracional, ilógica y arbitraria. Señala la recurrente que de una simple certificación de inscripción en el Servicio Vasco de Empleo, la Audiencia deduce que la madre tiene ahora más tiempo libre, mientras que el padre ha dejado de tenerlo

Recurso de Casación, con base en cuatro motivos.

Primero: se alega la infracción del art. 92.5 y 8 CC e infracción de la doctrina del Tribunal Supremo toda vez que se atribuye la guarda y custodia sin solicitarlo ninguno de los progenitores, ya que el demandante desistió de su petición inicial subsidiaria. Se cita como infringida la STS 257/13 de 29/4/13 , que cita la de 19/4/12.

Segundo: se alega la infracción del art. 92.8 CC y la doctrina de esta Sala al no existir en autos informe del Ministerio Fiscal relativo a la idoneidad de la custodia compartida, ni en sentido favorable, ni desfavorable. Se cita como infringida la misma sentencia que en el anterior motivo.

Tercero: se alega la infracción del art. 92. 7, 8 y 9 al no contar con informe psicosocial sobre la guarda y custodia compartida, contradiciendo la doctrina de esta Sala sobre la importancia del mismo para formar un juicio sobre la idoneidad del régimen (entre otras, STS 252/11 de 7/4/11).

Cuarto: se alega la infracción del art. 92.5 , 6 , 7 y 8 CC al considerar que la sala de apelación ha aplicado incorrectamente el principio del interés del menor. Se invoca la infracción de las SSTS de 22/7/11 y de 21/7/11 .

2.- La Sala dictó Auto el 9 de diciembre de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«1º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuestos por la representación procesal de D. Juan Manuel contra la sentencia dictada en fecha 30 de marzo de 2015 por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 710/2014 dimanante de los autos de divorcio contencioso nº 399/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Bilbao.

»2º) Y entréguese copias del escrito de interposición de los recursos formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría; transcurrido dicho plazo, y a los mismos fines, dese traslado al MINISTERIO FISCAL.»



- 3.- El Ministerio Fiscal en su informe emitido el 23 de febrero de 2016, solicitó la desestimación de los recursos y la confirmación de la sentencia recurrida.
- 4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el 11 de mayo de 2016 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes en la instancia para la decisión del recurso los que continuación se exponen:

- 1.- Don Juan Manuel interpuso demanda de divorcio contencioso contra doña Rita en la que instaba la disolución del vínculo conyugal y, en lo que interesa al presente recurso, la atribución de la guarda y custodia de la hija del matrimonio, de nombre Estefanía y nacida el 1 de agosto de 2007, a favor de él con un amplio régimen de visitas para la madre y, subsidiariamente, el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida o alterna por semestres, quedando siempre la menor en el domicilio familiar.
- 2.- La esposa demandada en su contestación a la demanda, y en relación con la anterior medida, solicitó la guarda y custodia de la menor Estefanía con régimen de visitas para el padre.
- 3.- Al inicio de la vista el padre desistió de la petición subsidiaria de custodia compartida, proponiendo únicamente la custodia paterna.
- 4.- La sentencia de primera instancia afirma que no concurren los presupuestos para establecer la custodia compartida, toda vez que ninguno de los progenitores ha solicitado esta modalidad de custodia, además de que la ausencia de coparentalidad dificultaría en grado sumo esta modalidad de custodia que exige el mayor nivel de corresponsabilidad.

Al optar entre la custodia materna o paterna se inclina por ésta, pues si bien ambas ofrecen las deficiencias que señala el informe del Equipo Psicosocial Judicial, sin embargo el padre garantiza en mayor medida la estabilidad y el cuidado básico de la hija y quien ofrece un planteamiento de guarda más viable y consistente con la realidad social y con su total disponibilidad de tiempo para cubrir las necesidades diarias de la menor.

Él se encuentra en situación de desempleo, sin necesidad de delegar, pues, en terceras personas el cuidado de la hija, mientras que la madre regenta un hogar de jubilados desde enero de 2013, que le absorbe mucho tiempo a pesar de tener contratadas dos trabajadoras que colaboran en la explotación con jornadas parciales.

Asume la sentencia las conclusiones del dictamen psicosocial sobre tal extremo, por no haber sido desvirtuado por ninguna otra prueba de carácter técnico.

- 5.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada en el que se insistió en la atribución de la guarda y custodia a favor de la madre y se solicitó la práctica de prueba, en concreto documental consistente en certificación de que la demandada-apelante figura como demandante de empleo y en el libramiento de oficios para que se acredite que ya no regenta un establecimiento hostelero.

- 6.- Correspondió conocer de él a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya que denegó la prueba de la segunda instancia y dictó sentencia el 30 de marzo de 2015 por la que revocaba parcialmente la sentencia dictada en primera instancia y establecía un sistema de guarda y custodia compartida.

En su motivación razona que el informe del equipo psicosocial se inclinó porque la guarda y custodia se confiase al padre por su mayor disponibilidad de tiempo al carecer de empleo, mientras que la madre sí tenía. Sin embargo, añade, las circunstancias han cambiado en el curso del procedimiento, y al día de hoy es el padre quien regenta el establecimiento de hostelería, que hasta ahora regentaba la madre, mientras que ésta aduce en su recurso de apelación que se encuentra en paro; por lo que las tornas han cambiado y es la madre la que dispone de más tiempo.

Como tales circunstancias son una variable impredecible en el futuro, es por lo que opta por el régimen de guarda y custodia compartida por semanas alternas y permaneciendo la menor en el domicilio familiar salvo acuerdo que puedan alcanzar las partes en otro sentido.

- 7.- Contra la anterior sentencia interpuso la representación procesal de la parte actora recurso de casación y extraordinario por infracción procesal al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC .

- 8.- El Recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 de la LEC , se articula en dos motivos.



En el motivo primero, se denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 238 y 460 de la LEC en cuanto que el tribunal de apelación ha tomado en consideración como prueba documental la aportada de contrario en segunda instancia y que había sido previamente inadmitida por el propio tribunal.

En el motivo segundo, se alega la infracción de los artículos 24 CE y 752 LEC al contener la sentencia impugnada una valoración de la prueba irracional, ilógica y arbitraria. Señala la recurrente que de una simple certificación de inscripción en el Servicio Vasco de Empleo, la Audiencia deduce que la madre tiene ahora más tiempo libre, mientras que el padre ha dejado de tenerlo

9.- El Recurso de Casación formalizado se articula en cuatro motivos.

En el motivo primero, se alega la infracción del art. 92.5 y 8 CC e infracción de la doctrina del Tribunal Supremo toda vez que se atribuye la guarda y custodia sin solicitarlo ninguno de los progenitores, ya que el demandante desistió de su petición inicial subsidiaria. Se cita como infringida la STS 257/13 de 29/4/13 , que cita la de 19/4/12.

En el motivo segundo, se alega la infracción del art. 92.8 CC y la doctrina de esta Sala al no existir en autos informe del Ministerio Fiscal relativo a la idoneidad de la custodia compartida, ni en sentido favorable ni desfavorable. Se cita como infringida la misma sentencia que en el anterior motivo.

En el motivo tercero, se alega la infracción del art. 92. 7, 8 y 9 al no contar con informe psicosocial sobre la guarda y custodia compartida, contradiciendo la doctrina de esta Sala sobre la importancia del mismo para formar un juicio sobre la idoneidad del régimen (entre otras, STS 252/11 de 7/4/11).

En el motivo cuarto, se alega la infracción del art. 92.5 , 6 , 7 y 8 CC al considerar que la sala de apelación ha aplicado incorrectamente el principio del interés del menor. Se invoca la infracción de las SSTS de 22/7/11 y de 21/7/11 .

Recurso de casación

SEGUNDO.- En un adecuado orden metodológico procede enjuiciar con carácter preferente el recurso de casación, pues en él late, como denuncia principal contra la sentencia recurrida, que en ésta se haya acordado como régimen de guarda y custodia de la hija el de la compartida, sin haberlo solicitado ninguno de los progenitores. Si se estimase tal infracción las consecuencias procesales anudadas justifican que se enjuicie la misma en primer lugar.

TERCERO.- *Decisión de la Sala.*

1.- La sentencia de 19 de abril de 2012, Rc. 1089/2010 , ofrece respuesta concreta a la cuestión aquí planteada. Sostiene que: «El Art. 92 CC establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se dé la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma , que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", véase la STS 579/2011, de 27 julio). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil, por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

No obsta a lo anterior lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre , porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el Art. 91 CC , el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el Art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el Art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código Civil.»

2.- La anterior doctrina ha sido ratificada por la sentencia de 29 de abril de 2013, Rc. 2525/2011 , que recoge los criterios de la Sala sobre la guarda y custodia compartida, fijando como doctrina «que la interpretación de los artículos 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, 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. Señalando 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, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.».

Pero partiendo de la existencia de petición de parte, pues de no existir ésta por ninguno de los progenitores, difícilmente puede valorarse un plan contradictorio, adecuadamente informado, sobre el que decidir con fundamento en el interés de los menores, al no haber existido debate y prueba contradictoria sobre tal régimen de custodia.

Así se desprende también del contenido de la reciente sentencia de 9 de marzo de 2016, Rc. 1849/2014 .

2.- En atención a lo expuesto procede estimar el recurso de casación y deviene innecesario el enjuiciamiento del recurso extraordinario por infracción procesal.

3.- La interrogante que surge, consecuencia de tal estimación, es si la Sala debe asumir la instancia y, decidiendo el recurso de apelación sin apartarse de los términos en que fue planteado el debate, resolver sobre el progenitor al que se debe confiar la guarda y custodia de la menor. Si al padre, según mantiene la sentencia de primera instancia, o a la madre, según pretende ésta al formular el recurso de apelación contra aquella.

Ésta sería una solución que pondría fin a la controversia con ahorro procesal en el tiempo, pero tiene un inconveniente, cual es, que al no haber ofrecido respuesta el Tribunal de apelación al recurso de esta naturaleza en los términos en que se sometió a su consideración, si la Sala, asumiendo funciones de tribunal de apelación, desestimase el recurso de la parte demandada, ésta quedaría privada del recurso extraordinario de infracción procesal y del recurso de casación, que podría haber formulado si la desestimación de su recurso de apelación la hubiese decidido la Audiencia Provincial en vez de acordar una guarda y custodia compartida no solicitada por ninguno de los progenitores.

Por ello se estima adecuada la devolución de los autos al tribunal de la Audiencia Provincial para, sin alterar los términos del debate, resolver el recurso de apelación que interpuso la representación procesal de la parte demandada contra la sentencia dictada en la primera instancia.

CUARTO.- Conforme a los artículos 394.1 y 398.1 LEC , y circunstancias antes recogidas, no ha lugar a imponer las costas a la parte recurrente.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por don Juan Manuel , representado por el procurador don Jesús Aguilar España, contra la sentencia dictada en fecha 30 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4^a de fecha 30 de marzo de 2015, en el rollo de apelación 710/2014, dimanante de los autos de divorcio contencioso 399/2013 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Bilbao, sin entrar a conocer del recurso extraordinario por infracción procesal **2.º-** Casar la sentencia y devolver los autos a la Audiencia Provincial para que el tribunal resuelva el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia en los estrictos términos en que se les planteó el debate, que no incluía decidir sobre la guarda y custodia compartida **3.º-** No imponer a la parte recurrente las costas de los recursos

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

Así se acuerda y firma. *Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz*