



Roj: **STS 2649/2014 - ECLI:ES:TS:2014:2649**

Id Cendoj: **28079110012014100305**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2014**

Nº de Recurso: **977/2013**

Nº de Resolución: **355/2014**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 469/2013,**
STS 2649/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio de divorcio 12/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pontevedra, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Olga , el procurador don Miguel Torres Alvarez. No ha comparecido el recurrido. Siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Patricia Conde Abuin, en nombre y representación de doña Olga , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Bernardo y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se decrete el divorcio de los conyuges, adoptando las medidas definitivas que se especifican en el fundamento jurídico del presente escrito.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda. Alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procurador don Javier Almon Cerdeira, en nombre y representación de son Bernardo , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acuerde el divorcio de los esposos y los siguientes efectos complementarios:

- 1.- Que la guarda y custodia de las hijas del matrimonio, tras ser oídas estas, sea atribuida al progenitor con el que las menores hayan mostrado su deseo de convivir habitualmente.
- 2.- Que se atribuya a las hijas del matrimonio y al progenitor en cuya compañía queden el uso de la vivienda y ajuar familiares, ello siempre en la medida en que hagan uso efectivo de la misma.
- 3.- Que se otorgue al otro progenitor un derecho de visitas y comunicaciones con los hijos menores consistente en:

Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 20:30 h, en que los menores serán reintegrados por el progenitor no custodio a su domicilio habitual.



Una tarde entre semana, que a falta de acuerdo se corresponderá con la de los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20:30 h., en que el progenitor reintegrará a los menores en su domicilio habitual.

En cuanto a las vacaciones escolares el progenitor podrá disfrutar de la compañía de sus hijas:

La mitad del periodo de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano. En caso de desacuerdo corresponderá elegir periodo al padre en los años pares y a la madre en los impares.

Para el caso de que las menores fijaran la residencia en Suiza (o en cualquier otro sitio fuera de Galicia) con su madre, y desde ese momento, se establezca exclusivamente la mitad del periodo de vacaciones escolares. En caso de desacuerdo corresponderá elegir periodo al padre en los años pares y a la madre en los impares.

4.- Respecto de la pensión alimenticia para las hijas, solicitamos del Juzgado que se establezca la obligación por parte de don Bernardo de abonar la cantidad de 150 euros mensuales para cada una de las menores.

Igualmente se deberá establecer la obligación de ambos progenitores de sufragar al 50% los gastos extraordinarios, tales como clases, viajes al extranjero, actividades extraescolares y aquellos gastos sanitarios que no estén cubiertos por la póliza contratada o asistencia sanitaria pública y otros análogos de carácter necesario que surgieran durante la vida de los h mientras sean económicamente dependientes de sus progenitores.

5.- No ha lugar a establecer pensión compensatoria a favor de la actora por no la ruptura desequilibrio a la esposa en relación con la situación del esposo que determine un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 3 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por el Procurador D. Daniel Rivas Gandasegui en nombre y en representación de D^a Celsa contra D. Estanislao , y en consecuencia, debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre los esposos litigantes el día 19 de septiembre de 1998, que fue inscrito en el Registro Civil de Pontevedra con todos los efectos que dicha declaración conlleva.

Se entienden revocados definitivamente los poderes y consentimientos que los cónyuges se hubieran otorgado. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal, sin que ninguno de ellos pueda inmiscuirse en la vida y actividades del otro.

Se acuerdan como medidas que han de regir las relaciones entre los cónyuges, sin perjuicio de su modificación, en el caso de variación de las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción, aprobando las convenidas por los cónyuges en acta de juicio, y las que siguen:

1) Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores, Erica y Esther , a la madre, D^a Celsa , sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad conjunta por ambos progenitores y del régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio.

2) Se establece a favor de las hijas y de D. Estanislao un régimen de visitas que se desarrollará de acuerdo con los progenitores puedan convenir, en beneficio de las menores y en ejercicio responsable de su patria potestad, al que se les insta, y a falta de acuerdo, con carácter de mínimo, el padre tendrá derecho a relacionarse con sus hijas y tenerlas consigo los fines de semana alternos desde las 20.00 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, con entrega y reintegro en el domicilio de la abuela materna. En vacaciones de verano quince días de julio o agosto comunicando la fecha a la madre con antelación de siete días transcurridos los cuales decaerá su facultad de elección, rigiendo en los otros quince, fuera del período vacacional que corresponda a la madre, el régimen ordinario de fines de semana alternos. En vacaciones de Navidad se distribuyen dos periodos por mitad, desde el día 23 de diciembre a las 20.00 horas a las 20.00 horas del día 30 de diciembre, y desde el día 30 de diciembre a las 20.00 horas hasta el día 7 de enero a las 20 horas, eligiendo el padre los años pares y la madre los impares. En vacaciones de Semana Santa regirá el sistema ordinario de fines de semana alternos.

3) Como contribución a los alimentos para sus dos hijos, el padre abonará la cantidad de 400 euros mensuales que se actualizarán automáticamente conforme a la elevación del IPC que publique el INE u organismo oficial que lo sustituya. Igualmente el padre se hará cargo del 50% de los gastos extraordinarios que se devenguen en atención a las menores, como los médicos y farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social.

4) Se atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar a la esposa e hijas sin perjuicio de que pueda el esposo retirar de la misma los objetos de uso personal exclusivo.



Dada la naturaleza del presente procedimiento, no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Firme esta resolución, comuníquese de oficio al Registro Civil de Pontevedra donde consta inscrito el matrimonio de los cónyuges litigantes.

Comuníquese el interrogatorio del demandado al amparo del art. 94 L.G.T.

Notifíquese esta resolución en forma legal a las partes, a las que se advierte que la presente resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra, que se sustanciará por las reglas establecidas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil."

Por auto de fecha 3 de Octubre de 2012, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva ACUERDA:

Estimar la petición formulada por los Procuradores de las partes de aclarar el fallo de la sentencia, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Patricia Conde en nombre y representación de D Olga , contra D. Bernardo , y en consecuencia, debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre los esposos litigantes el día 16 de Diciembre de 1994, que fue inscrito en el Registro Civil de Zurich-Suiza, con todos los efectos que 4 dicha declaración conlleva.

Líbrese certificación de esta resolución, que quedará unida a estas actuaciones , y llévese su original al libro de resoluciones definitivas.

Y por dicho Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pontevedra, con fecha 18 de Octubre de 2012, se dictó Auto de aclaración de dicha sentencia, cuyo fallo textualmente dice:

Estimar la petición formulada por la Procuradora Sra. Patricia Conde en representación de la demandante de aclarar la sentencia, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica en los fundamentos de derecho, quedando el Fallo de la misma como sigue: Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Dª Patricia Conde en nombre y representación de Dª Olga contra D. Bernardo , y en consecuencia, debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre los esposos litigantes el día 16 de diciembre de 1994, que fue inscrito en el Registro Civil de Zurich, con todos los efectos que dicha declaración conlleva.

Se entienden revocados definitivamente los poderes y consentimientos que los cónyuges se hubieran otorgado. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal, sin que ninguno de ellos pueda inmiscuirse en la vida y actividades del otro.

Se acuerdan como medidas que han de regir las relaciones entre los cónyuges, sin perjuicio de su modificación, en el caso de variación de las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción, las que siguen:

1) Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores a la madre, D Olga , sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad conjunta por ambos progenitores y del régimen de comunicación y relación con el progenitor no custodio conforme al Fundamento 4º.

2) Como contribución a los alimentos para sus dos hijas, el padre abonará la cantidad de 600 euros mensuales que se actualizarán automáticamente conforme a la elevación del IPC que publique el INE u organismo oficial que lo sustituya. Igualmente el padre se hará cargo del 50% de los gastos extraordinarios que se devenguen en atención a las hijas.

3) Se atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar al esposo sin perjuicio de que pueda la esposa retirar sus efectos de uso personal y los de las hijas.

4) Se fija una pensión compensatoria a favor de la esposa de 200 euros mensuales que D. Bernardo deberá abonar, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal fin designe la esposa, y que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que establezca el INE u organismo que legalmente le sustituya durante el plazo de cinco años transcurrido el cual quedará extinguida.

5) Se declara disuelta la sociedad de gananciales.

Dada la naturaleza del presente procedimiento, no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Firme esta resolución, comuníquese de oficio al Registro Civil de Pontevedra donde consta inscrito el matrimonio de los cónyuges litigantes.

Líbrese certificación de esta resolución, que quedará unida a estas actuaciones, y llévese su original al libro de resoluciones definitivas.



SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Bernardo , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS:

Que debemos estimar y estamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Bernardo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pontevedra en fecha 3 de septiembre de 2012 en el juicio de divorcio contencioso nº 12/2012 , revocando la misma únicamente en lo relativo a los siguientes pronunciamientos:

-Se establece como régimen de visitas y comunicaciones entre el padre y su hijo menor Rita , el disfrute de la mitad de los periodos de vacaciones escolares de verano y navidad, debiendo los progenitores ponerse de acuerdo sobre el lugar en que puede llevarse a cabo el cumplimiento del régimen de visitas. A falta de acuerdo, será el padre el que decida el lugar y, por lo tanto, si la menor debe viajar a España.

-La pensión compensatoria fijada a cargo de don Bernardo en favor de doña Olga tendrá una duración de tres años, transcurridos los cuales quedaran extinguida. Todo ello sin expresa imposición de costas.

Con fecha 14 de marzo de 2013, se dicto auto de aclaración cuya parte dispositiva :LA SALA ACUERDA:

Estimar la petición formulada por el Procurador D. JAVIER ALMON CERDEIRA, en nombre y representación de D. Bernardo , de rectificar el error material contenido en el antecedente de hecho primero de la sentencia dictada en apelación quedando dicho hecho primero de la siguiente manera:

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra, con fecha 3 septiembre 2012, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por el Procurador D. Daniel Rivas Gandasegui en nombre y en representación de D^a Celsa contra D. Estanislao , y en consecuencia, debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre los esposos litigantes el día 19 de septiembre de 1998, que fue inscrito en el Registro Civil de Pontevedra con todos los efectos que dicha declaración conlleva.

Se entienden revocados definitivamente los poderes y consentimientos que los cónyuges se hubieran otorgado. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal, sin que ninguno de ellos pueda inmiscuirse en la vida y actividades del otro.

Se acuerdan como medidas que han de regir las relaciones entre los cónyuges, sin perjuicio de su modificación, en el caso de variación de las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción, aprobando las convenidas por los cónyuges en acta de juicio, y las que siguen:

1) Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores, Erica y Esther , a la madre, D^a Celsa , sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad conjunta por ambos progenitores y del régimen de comunicación y estancia con el progenitor no custodio.

2) Se establece a favor de las hijas y de D. Estanislao un régimen de visitas que se desarrollará de acuerdo con los progenitores puedan convenir, en beneficio de las menores y en ejercicio responsable de su patria potestad, al que se les insta, y a falta de acuerdo, con carácter de mínimo, el padre tendrá derecho a relacionarse con sus hijas y tenerlas consigo los fines de semana alternos desde las 20.00 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, con entrega y reintegro en el domicilio de la abuela materna. En vacaciones de verano quince días de julio o agosto comunicando la fecha a la madre con antelación de siete días transcurridos los cuales decaerá su facultad de elección, rigiendo en los otros quince, fuera del período vacacional que corresponda a la madre, el régimen ordinario de fines de semana alternos. En vacaciones de Navidad se distribuyen dos periodos por mitad, desde el día 23 de diciembre a las 20.00 horas a las 20.00 horas del día 30 de diciembre, y desde el día 30 de diciembre a las 20.00 horas hasta el día 7 de enero a las 20 horas, eligiendo el padre los años pares y la madre los impares. En vacaciones de Semana Santa regirá el sistema ordinario de fines de semana alternos.

3) Como contribución a los alimentos para sus dos hijos, el padre abonará la cantidad de 400 euros mensuales que se actualizarán automáticamente conforme a la elevación del IPC que publique el INE u organismo oficial que lo sustituya. Igualmente el padre se hará cargo del 50% de los gastos extraordinarios que se devenguen en atención a las menores, como los médicos y farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social.

4) Se atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar a la esposa e hijas sin perjuicio de que pueda el esposo retirar de la misma los objetos de uso personal exclusivo.

Dada la naturaleza del presente procedimiento, no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.



Firme esta resolución, comuníquese de oficio al Registro Civil de Pontevedra donde consta inscrito el matrimonio de los cónyuges litigantes.

Comuníquese el interrogatorio del demandado al amparo del art. 94 L.G.T .

Notifíquese esta resolución en forma legal a las partes, a las que se advierte que la presente resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Pontevedra, que se sustanciará por las reglas establecidas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y por dicho Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pontevedra, con fecha 18 de Octubre de 2012, se dictó Auto de aclaración de dicha sentencia, cuyo fallo textualmente dice:

Estimar la petición formulada por la Procuradora Sra.Patricia Conde en representación de la demandante de aclarar la sentencia, dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica en los fundamentos de derecho, quedando el Fallo de la misma como sigue: "Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda presentada por la Procuradora D^a Patricia Conde en nombre y representación de D Olga contra D. Bernardo , y en consecuencia, debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído entre los esposos litigantes el día 16 de diciembre de 1994, que fue inscrito en el Registro Civil de Zurich, con todos los efectos que dicha declaración conlleva".

Se entienden revocados definitivamente los poderes y consentimientos que los cónyuges se hubieran otorgado. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal, sin que ninguno de ellos pueda inmiscuirse en la vida y actividades del otro.

Se acuerdan como medidas que han de regir las relaciones entre los cónyuges, sin perjuicio de su modificación, en el caso de variación de las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción, las que siguen:

1) Se atribuye la guarda y custodia de las hijas menores a la madre, Olga , sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad conjunta por ambos progenitores y del régimen de comunicación y relación con el progenitor no custodio conforme al Fundamento 4°.

2) Como contribución a los alimentos para sus dos hijas, el padre abonará la cantidad de 600 euros mensuales que se actualizarán automáticamente conforme a la elevación del IPC que publique el INE u organismo oficial que lo sustituya. Igualmente el padre se hará cargo del 50% de los gastos extraordinarios que se devenguen en atención a las hijas.

3) Se atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar al esposo sin perjuicio de que pueda la esposa retirar sus efectos de uso personal y los de las hijas.

4) Se fija una pensión compensatoria a favor de la esposa de 200 euros mensuales que D. Bernardo deberá abonar, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal fin designe la esposa, y que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC que establezca el INE u organismo que legalmente le sustituya durante el plazo de cinco años transcurrido el cual quedará extinguida.

5) Se declara disuelta la sociedad de gananciales.

Dada la naturaleza del presente procedimiento, no se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas.

Firme esta resolución, comuníquese de oficio al Registro Civil de Pontevedra donde consta inscrito el matrimonio de los cónyuges litigantes.

Líbrese certificación de esta resolución, que quedará unida a estas actuaciones, y llévese su original al libro de resoluciones definitivas.

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación procesal de doña Olga con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO**.- Se alega la infracción del artículo 218 de la LEC , así como del art. 24 de la CE . La parte recurrente considera que la sentencia de apelación no está debidamente motivada por cuanto no razona ni fundamenta en que elemento fáctico, prueba o elemento jurídico basa la afirmación de la falta de contacto entre el padre y las hijas. **SEGUNDO**.- Se alega la infracción del art. 770.4 de la LEC , así como del art. 24 de la CE , por cuanto siendo el procedimiento contencioso se debe oír en todo caso a los mayores de doce años. Argumenta la parte recurrente que en fase de apelación no fue oída la menor pese a modificar un pronunciamiento que le afectaba directamente, debiendo haberse acordado de oficio dicha audiencia pues se trata de materia de interés público. **TERCERO**.- Se alega la infracción del art. 456 de la LEC . Señala la parte recurrente que la Sala consideró razonado el régimen de visitas establecido por el Juzgado a quo y no se ha practicado nueva prueba en la



segunda instancia en virtud del precepto que se cita como infringido, no puede la Sala revocar el fallo de la sentencia de instancia.

Por la misma representación se interpuso **recurso de casación** basado en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO:** En el motivo primero, tras citar como preceptos legales infringidos los arts. 92 , 94 y 103 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fin cita las Sentencias de esta Sala de fechas 26 de febrero de 2002 , 16 de julio de 2004 , 28 de septiembre de 2009 y 13 de julio de 2012 , las cuales establecen que la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación con los menores. Argumenta que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida por cuanto la misma resuelve en atención no del interés del menor, sino en atención al interés y conveniencia de los padres, sin haber oído a la menor, que ya cuenta con trece años de edad y cuya madurez es destacada por la Juez de instancia que sí oyó a la menor, debiendo ser la hija la que decida el lugar en que el régimen de visitas se llevará a cabo habida cuenta la falta de adaptación de la menor a la vida española. **SEGUNDO.-** Tras citar como preceptos legales infringidos los arts. 92 del Código Civil , así como el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando al efecto las Sentencias de esta Sala de fechas 28 de junio de 2004 , 14 de febrero de 2005 y 16 de noviembre de 2005 , las cuales establecen la obligación de oír a los menores antes de adoptar una decisión relativa a las medidas que les afecten. Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida al adoptar la medida sin haber oído a la menor, Rita .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de diciembre de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de junio del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En juicio de divorcio, Doña Olga recurre el pronunciamiento de la sentencia que establece un régimen de visitas y comunicaciones a favor de don Bernardo , respecto de una de sus hijas, Rita , nacida el día NUM000 de 1999 y residente en Suiza donde nació y vivió hasta el año 2009, consistente en el disfrute de la mitad de los periodos de vacaciones escolares de verano y navidad, con la precisión de que deberán *"ponerse de acuerdo sobre el lugar en que pueda llevarse a cabo el cumplimiento del régimen de visitas "*, y que, a falta de acuerdo, *" será el padre el que decida el lugar y, por lo tanto, si la menor debe viajar a España"*. La sentencia corrige la del Juzgado, que no estableció ningún régimen de visitas, sin perjuicio de reconocer el derecho a que las relaciones paterno filiales se desarrollen en los términos más amplios y flexibles que padres e hijos puedan convenir sin ninguna limitación. Lo que dice la sentencia es que *"el paso del tiempo ha evidenciado la ausencia de acuerdo que deriva en la falta de contacto y comunicación entre padre e hijas, siendo en supuestos ordinarios, y no consta que no sea el caso, beneficioso para los hijos menores mantener el contacto y la comunicación con ambos progenitores también con el progenitor no custodio"*.

Se formula un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO.- El primero se formula por infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , con violación del artículo 24 CE . El motivo se refiere a la falta de motivación de la sentencia expresada en la forma dicha anteriormente, por lo que su rechazo es evidente. Conviene precisar que quien recurre no cuestionó la medida de visitas y comunicaciones establecida de una forma abierta en la sentencia del juzgado a favor del padre de la niña. Lo hace cuando este se concreta de forma específica en la sentencia de la Audiencia en atención a las dificultades que este sistema ha tenido para mantener la relación del padre con la hija, y esto no supone falta de motivación que sanciona la norma, por más que pueda esta ser escueta.

TERCERO.- El segundo se refiere a la falta de audiencia de la menor, con infracción del artículo 770,4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 24 de la CE , que también se invoca en el motivo segundo del recurso de casación.



Se desestima.

El artículo 770.4 se refiere a las pruebas que no puedan practicarse en el acto de la vista y señala que se practicarán dentro del plazo que el Tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días y que durante este plazo, si el procedimiento fuere contencioso y se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, se oirá a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio y, en todo caso, a los mayores de doce años. La norma es el corolario lógico del artículo 12 de la Convención sobre los derechos del niño por la que los Estados Partes garantizan al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, tomándose debidamente en consideración sus opiniones en función de la edad y madurez que tenga. Con tal fin, según el precepto, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Pues bien, lo que la parte recurrente alega como causa de su recurso no es más que su disconformidad con la decisión adoptada por la Audiencia Provincial respecto a la comunicación y estancia del padre con su hija, que parece no querer facilitar. La exploración de la menor se practicó por el juzgado, y el hecho de que no se hiciera por la Audiencia Provincial en nada afecta a su esfera personal y familiar, por cuanto la medida adoptada no supone el cambio o la determinación de la persona encargada de su guarda y custodia, sino la concreción de un régimen de visitas que no se niega en la instancia tras haber sido oída la menor y que obedece al interés de la niña de verse y comunicarse con su padre durante unos periodos determinados de vacaciones escolares, ante la imposibilidad de fijar un régimen ordinario de visitas, dada la residencia de la misma en un país extranjero.

CUARTO.- El tercero refiere la infracción del artículo 456 de la ley de Enjuiciamiento Civil, sobre ámbito y efectos del recurso de apelación, sin razonar como y de que forma se infringe el citado precepto. Se desestima.

RECURSO DE CASACION.

QUINTO.- Se formulan dos motivos. En los dos se cita el artículo 92 del Código Civil, y en el primero, además, los artículos 94 y 103 del Código Civil, en relación con la doctrina jurisprudencial que cita y que tiene que ver con el interés de la menor y el régimen de visitas establecido sin haberla oído. Sobre esta cuestión ya se ha dicho lo procedente en el recurso anterior y sobre el régimen de visitas esta Sala ha venido repitiendo 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", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este".

El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. El Juez ha valorado la prueba que consta en los autos y ha considerado lo más adecuado para la hija menor, por lo que debe mantenerse, de acuerdo, además, con el informe del Ministerio Fiscal.

SEXTO.- Según lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC, se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1º Se desestiman los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la representación procesal de Doña Olga contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra -Sección 1ª- de 8 marzo 2013, dictada en el rollo de apelación num. 57/2013, con expresa imposición a dicha parte de las costas de ambos recursos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan.- Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.