



Roj: **STS 3357/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3357**

Id Cendoj: **28079110012017100490**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **314/2017**

Nº de Resolución: **518/2017**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 2128/2016,**
STS 3357/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2016 dictada en recurso de apelación núm. 445/2016, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 663/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ibiza; recursos interpuestos ante la citada audiencia por D. Jose Luis, representado en segunda instancia por la procuradora Dña. Venturina Cucó Josa, bajo la dirección letrada de Dña. Ascensión Joaniquet Larrañaga, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. María Dolores González Company en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Rosalía, representada por la procuradora Dña. Andrea de Dorremochea Guiot, bajo la dirección letrada de D. José María Costa Serra y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Jose Luis, representado por la procuradora Dña. Mónica López de Soria y asistido de la letrada Dña. Elisa Roselló Mayans, interpuso demanda de juicio de divorcio contra Dña. Rosalía y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado:

«En su día se declare disuelto el matrimonio de ambos cónyuges y se acuerden las siguientes medidas respecto de la hija común Carlota en los siguientes términos:

»- Custodia compartida con alternancias semanales, haciendo el intercambio el lunes en el domicilio de aquel al que le vaya a corresponder tener a la menor esa semana.

»- La patria potestad de la menor, también compartida.

»- Los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa por mitades iguales, en caso de desacuerdo elegiría, la mitad que desee, la madre los años pares y el padre los impares. El período de verano regirá el mismo horario que en invierno.

»- Los gastos de la menor, serán asumidos por mitades iguales. En cuanto a los extraordinarios, también por mitades iguales, y aquellos extraordinarios no necesarios (tales como actividades extraescolares que no sean de común acuerdo, gastos superfluos) serán abonados por aquel que los haya decidido.

»Con imposición de costas a la adversa si se opusiera».



2.- Admitida la demanda, el fiscal se personó en autos contestando a la misma respecto a los hechos y fundamentos de derecho y manifestando:

«Una vez que se practique la prueba pertinente y conforme al resultado de la misma, el fiscal informará en defensa de la legalidad y de los derechos de los menores».

3.- Por la representación del demandante se solicitó al juzgado la unión a las presentes actuaciones de los autos tramitados con el núm. 1021/2015 del mismo juzgado, ambos procedimientos son de las mismas partes y con el mismo objeto y por auto de fecha 15 de abril de 2016 se acordó la acumulación.

4.- Los autos que se acumulan registrados con el núm. 1021/2015 se incoaron en base a interposición de demanda contenciosa de divorcio formulada por Dña. Rosalia , representada por la procuradora Dña. Vicente Jiménez Ruiz y bajo la dirección Letrada de D. José María costa Serra, y en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se estiman pertinentes se solicita al juzgado se dicte sentencia:

«En la que se acuerde la disolución matrimonial por divorcio de Doña Rosalia y Don Jose Luis . Asimismo, se declaren como definitivas las medidas adoptadas como provisionales por el Auto número 290/2015, de 01 de octubre de 2015, siendo las siguientes:

»SEGUNDO.- En el presente supuesto no concurre inconveniente para que la patria potestad de la hija menor sea ostentada por ambos progenitores, siendo la regla general dispuesta por el artículo 156 del Código Civil .

»En lo que se refiere a la guardia y custodia de los menores, contiene el artículo 92 del Código Civil (...) considerando que dicho interés queda salvaguardado, tras la prueba practicada, con la atribución provisional de la guardia y custodia a la madre, más adecuada para atenderla, cuidarla, proporcionarle lo necesario para su desarrollo material, humano, social y la correcta formación de su personalidad, tal y como ha venido haciendo hasta la actualidad, sin que concurren motivos que justifiquen que el establecimiento de un cambio de régimen de guardia y custodia a favor del padre o compartido, redunde en beneficio de la menor.

»En cuanto al régimen de visitas, se considera procedente que quede fijado el siguiente:

»1.- Períodos Ordinarios.- El padre estará en compañía de la menor los fines de semana alternos, desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, así como todas las tardes de los martes y jueves, desde las 17 hasta las 20 horas, recogiendo y reintegrando a la menor en el domicilio materno.

»2.- Períodos vacacionales de Semana Santa, Navidad y verano.- El padre estará en compañía de la menor la mitad de tales períodos vacacionales, correspondiendo elegir el periodo al padre los años pares y a la madre los impares.

»No queda más que pronunciarse en cuanto a la fijación de la cantidad que en concepto de pensión alimenticia debe abonar el padre a .favor de la hija menor de edad, debiendo tener en cuenta (...).

»Atendidas dichas circunstancias, teniendo en cuenta la prueba practicada en relación a las necesidades de la menor y a las circunstancias económicas de ambos progenitores, se considera oportuno .fijar en concepto de pensión alimenticia la cantidad de doscientos cincuenta euros mensuales (250 euros), pagaderos por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre a tales efectos, revisable anualmente según IPC, así como la obligación de pago del padre del 50% de los gastos extraordinarios que se generen, cantidades todas ellas que se consideran suficientes para cubrir las necesidades».

Consta en estas actuaciones la admisión de la demanda de Dña. Rosalia , la contestación del fiscal personándose en interés del menor remitiéndose a las pruebas y juicio que se practique para emitir su informe y la oposición del demandado D. Jose Luis , representado por la procuradora Dña. Venturina Cuco Josa y defendido por la letrada Dña. Ascensión Joaniquet Larrañaga, suplicando al juzgado dicte sentencia:

«En la que se decrete la disolución del matrimonio por divorcio, declarando como efectos del mismo los siguientes:

»1.º) Atribución conjunta de la patria potestad sobre la hija común, a favor de ambos progenitores.

»2.º) Atribución de la guarda y custodia de la menor de forma compartida entre ambos progenitores, con alternancias semanales, conforme al siguiente sistema:

»1. Períodos lectivos.

»Durante los períodos lectivos, cada uno de los progenitores convivirá con la hija común en períodos semanales alternos, desde el lunes a las 9 horas hasta el lunes siguiente a la misma hora. El progenitor que finalice su semana de estancia con el menor, lo reintegrará en el domicilio del otro.



»Cuando la hija común, asista a una guardería o inicie su escolarización, el intercambio se efectuará en dichos centros.

»En el supuesto de que el lunes en que deba realizarse el intercambio de la menor coincida con un día festivo según el calendario escolar del centro al que acude la hija, el progenitor bajo cuyo cuidado se encuentre, lo acompañará al domicilio del otro progenitor, a las 13 horas.

»El progenitor que no ostente la guarda semanal, podrá permanecer junto a su hija, una tarde a la semana, desde las 17 horas o la salida de la guardería o colegio hasta las 20 horas, recogiéndolo en el domicilio en que se encuentre o en el centro escolar y reintegrándolo en el domicilio del progenitor custodio en dicha semana. En caso de que no exista acuerdo en el día de visita, se fija con carácter subsidiario, los miércoles,

»2. Períodos vacacionales.

»a.) Vacaciones de Navidad y Reyes: cada uno de los progenitores podrá pasar con su hija, la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Reyes, alternando los progenitores cada año los respectivos períodos, correspondiendo al padre la elección durante los años pares y a la madre durante los impares. La mitad de este período vacacional se fija en el día 30 de diciembre a las 17 horas.

»b.) Vacaciones de Semana Santa: cada uno de los progenitores podrá pasar con su hija, la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, alternando los progenitores cada año los respectivos períodos, correspondiendo al padre la elección durante los años pares y a la madre durante los impares.

»c.) Vacaciones de verano: cada uno de los progenitores podrá pasar con su hija la mitad de las vacaciones escolares de verano, repartiéndose los períodos de forma alterna, conforme al siguiente calendario:

»- Del primer día festivo a la salida del colegio hasta el 31 de julio, a las 20 horas.

»- Del 31 de julio, a las 20 horas hasta el 15 de agosto, a las 20 horas.

»- Del 15 de agosto, a las 20 horas hasta el 31 de agosto, a las 20 horas, y

»- Del 1 de septiembre hasta la entrada del colegio del primer día lectivo escolar.

»La elección de los períodos corresponderá al padre durante los años pares y a la madre durante los años impares y la recogida de la menor se efectuará, según corresponda, en el domicilio del otro progenitor o en el centro escolar.

»Durante dichos períodos, el progenitor que no esté en compañía de la menor, podrá permanecer con ella, todos los miércoles de 17 a 20 horas. No obstante, si el cónyuge que se encuentra disfrutando de su correspondiente período vacacional con el hijo común, decidiese realizar un viaje fuera de Ibiza, dichas visitas intersemanales quedarían en suspenso mientras la menor se encontrara fuera de dicha ciudad.

»3.º) No haber lugar a fijar una pensión de alimentos a cargo de ninguno de los progenitores, a tenor de la guarda y custodia compartida de Carlota, debiendo contribuir ambos cónyuges al cuidado y sustento de la misma, de la siguiente forma:

»1.- Gastos ordinarios.

»1.1.) Cada progenitor se hará cargo de los gastos que se ocasionen cuando la menor se encuentre a su cargo.

»1.2.) Los restantes gastos de carácter ordinario, derivados de la escolarización (matriculas y cuotas escolares, comedor, material escolar, vestuario y uniformes escolares, clases de repaso, etc.) y salud (mutua médica) de la menor serán sufragados por mitad por ambos progenitores.

»A dichos efectos, ambos litigantes deberán abrir una cuenta común para domiciliar los recibos que por dichos conceptos se giren.

»2.- Gastos extraordinarios.

»Ambos progenitores sufragarán por mitad todos aquellos gastos sanitarios, médicos y farmacéuticos que no cubra la Seguridad Social, así como aquellas otras actividades extraescolares o gastos extraordinarios que se deriven del cuidado de la hija común y que ambos comparecientes hayan convenido de mutuo acuerdo.

»4.º) No haber lugar a atribuir el domicilio familiar a ninguno de los cónyuges, por cuanto ha sido desalojado por ambos litigantes y éste es propiedad de los padres de mi mandante».

Por auto de fecha 19 de abril de 2016 se acordó aceptar la solicitud de ambas partes de acumular las actuaciones al divorcio 663/2015 al ser primero.



5.- Acumuladas las actuaciones continuó el trámite de las mismas y previas las diligencias procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Ibiza se dictó sentencia, con fecha 1 de junio de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Acuerdo la disolución del vínculo matrimonial entre las partes y acuerdo las siguientes medidas definitivas:

»1.º) Ejercicio conjunto de la patria potestad.

»2.º) Determinación del régimen de guarda y custodia compartida con alternancias semanales conforme con el siguiente sistema:

»Durante los períodos lectivos cada uno de los progenitores convivirán con la hija común en períodos semanales alternos, desde el lunes a las 9 horas hasta el lunes siguiente a la misma hora. El progenitor que finalice su semana de estancia con la menor, lo reintegrará en el domicilio del otro.

»Las vacaciones de Navidad y Reyes, se distribuirán por mitad, correspondiendo, a falta de acuerdo, escoger al padre la alternancia en los años pares y a la madre en los impares. La mitad de este período vacacional se fija en el día 30 de diciembre a las 17.00 horas.

»Las vacaciones de Semana Santa y verano, también se distribuirán por mitad, correspondiendo escoger al padre en los años pares la alternancia y a la madre en los impares.

»3.º) Cada progenitor abonará los gastos de manutención de la menor mientras durante el periodo que esté a su cargo, debiendo además el padre abonar la cantidad de 250 euros mensuales que serán destinados a satisfacer las necesidades de la menor. Dicha cantidad se abonará en la cuenta corriente que la madre designe dentro de los primeros cinco días de cada mes y que se sujetarán a las variaciones porcentuales del IPC.

»Con relación a los gastos extraordinarios consistentes en libros, matrículas, cuotas escolares, comedor, material escolar, clases de apoyo y repaso, y gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social se abonarán por mitad, previo consentimiento de ambos progenitores, salvo que no puedan demorarse sin perjuicio grave.

»Con relación a las actividades extraescolares, se abonarán por mitad siendo necesario el consentimiento de ambos progenitores. A falta de acuerdo, se abonarán por el progenitor que hubiera ocasionado el gasto.

»Todo ello sin especial pronunciamiento en costas.».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, e impugnada la sentencia por la parte demandante, la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia, con fecha 16 de noviembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

»1) Estimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Sra. Vicenta Jiménez Ruiz, en nombre y representación de doña Rosalía , y desestimando la impugnación de D. Jose Luis , contra la sentencia de fecha 1-6-2016, dictada por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ibiza, en los autos juicio divorcio de los que trae causa el presente rollo, debemos revocarla y la revocamos parcialmente y en su lugar,

»2) Atribuimos a la madre la guarda y custodia exclusiva de la hija común, siendo compartida la titularidad y el ejercicio de la patria potestad.

»3) El padre podrá visitar y tener consigo a su hija: los fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio o en su defecto a las 17 horas hasta el domingo a las 20 horas y dos tardes a la semana, martes y jueves, con el mismo horario y la mitad de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, estas últimas por quincenas correspondiendo la elección al padre los años pares y a la madre los impares en caso de desacuerdo.

»El padre o persona por él designada recogerá a la niña del domicilio de la madre y ésta a su vez o la persona que designa, la recogerá del domicilio paterno al final de las visitas o del período vacacional.

»4) Se confirma a cargo del padre una pensión de alimentos para la hija de 250 euros al mes, pagaderas y actualizables en la forma dicha por la sentencia apelada formando parte de la pensión de alimentos los gastos ordinarios de educación, libros, matrícula, material escolar, comedor escolar.

»5) Los gastos extraordinarios de la menor, que excedan de los ordinarios, tanto de educación como médicos, farmacéuticos o lúdicos, se abonarán por ambos progenitores por mitad cuando su realización se decidiera de común acuerdo o en su defecto fuera autorizada judicialmente, en otro caso se abonaran, siempre que no sean indispensables, por el progenitor que realice el gasto.



»6) Confirmamos el resto de pronunciamientos de dicha sentencia.

»7) No se hace especial pronunciamiento sobre costas de la apelación, imponiendo al impugnante las costas causadas por dicha impugnación, que se desestima».

TERCERO.- 1.- Por D. Jose Luis se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en:

Motivo único.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por defecto en la forma y motivarla y, por tanto, vulneración del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 469.1.2.º del mismo cuerpo legal por ausencia de motivación de la sentencia.

Sorprende pues que, mientras la sentencia de instancia examina los parámetros a tener en cuenta para atribuir la guarda y custodia sobre la hija común a ambos progenitores, en interés de la hija común, la sentencia de apelación se limita a atribuirla en base a unos hechos que, no solo no examina, sino que, conforme a la actual doctrina jurisprudencial existente en la materia no constituyen argumento suficiente para la atribución exclusiva de la guarda a la madre, a tenor de la actual redacción del art. 92 del Código Civil, así como de la actual doctrina jurisprudencial en materia de guarda y custodia compartida, que considera dicho sistema como el más favorable para el bienestar y desarrollo integral de los hijos comunes, en caso de nulidad, separación y divorcio, al permitir una relación igual de fluida con ambos progenitores.

El recurso de casación basado en:

Motivo único.- Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, a través del cauce previsto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender que la resolución del recurso presenta interés casacional, por razón de la materia, al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida, con incorrecta aplicación del principio de interés del menor. Infracción del art. 92 del Código Civil, en sus apartados 6, 8 y 9, los arts. 2 y 11.2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, el art. 39 de la Constitución Española y los arts. 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, así como de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida.

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 22 de marzo de 2017, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, tanto la procuradora Dña. Andrea de Dorremocha Guiot, en nombre y representación de Dña. Rosalia, como el fiscal presentaron escritos de oposición a ambos recursos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 13 de septiembre de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - *Antecedentes* .

1.º- Actuaciones previas a la presentación de la demanda:

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Ibiza dictó auto en el proceso de Medidas Provisionales Previas a la Demanda n.º 8/2015, acordando la separación de los cónyuges y la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad a la madre, con un régimen de visitas a favor del padre, y una pensión de alimentos a su cargo.

Las diligencias penales que en su momento se incoaron contra el padre terminaron por auto de sobreseimiento libre, por no apreciarse indicios de delito, según afirma el recurrente y no es discutido por la parte contraria. La sentencia de primera instancia recoge como hecho acreditado (FD 2.º) que tal sobreseimiento se produjo en fecha 10 de febrero de 2015. La sentencia de apelación no menciona esta circunstancia.

2.º- Demanda: D. Jose Luis interpuso en fecha 14 de julio de 2015 demanda de divorcio frente a D.ª Rosalia, solicitando entre otras medidas la guarda y custodia compartida de su hija única, nacida el NUM000 de 2013. Subsidiariamente a lo anterior, solicitaba para sí la atribución de la guarda y custodia en exclusiva de la menor. La demanda dio lugar a los autos de juicio de divorcio 663/15 en el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ibiza.



3.º- Actuación de la parte demandada:

D.^a Rosalia fue declarada en rebeldía en los anteriores autos, pero había interpuesto a su vez demanda de divorcio en fecha 22 de octubre de 2015, que había dado lugar a los autos 1021/15, seguidos ante el mismo juzgado, y que fueron acumulados a los anteriores por auto de fecha 15 de abril de 2016.

En su demanda, solicitaba que se declarasen como definitivas las medidas adoptadas por auto de 1 de octubre de 2015 en el proceso de medidas provisionales 661/2015 seguido en el mismo Juzgado, que había atribuido la guarda y custodia a la madre, imponiendo una pensión de alimentos a cargo del padre.

4.º- Sentencia de primera instancia (de fecha 1 de junio de 2016, autos de juicio de divorcio n.º 663/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Ibiza).

Declara la disolución del matrimonio por divorcio, y establece un régimen de guarda y custodia compartida, con especial atención a la corta edad de la menor. Así como una pensión de alimentos de 250 euros mensuales a cargo del padre.

Fundamenta esta decisión en que de la confrontación de las declaraciones de las partes queda acreditado que el padre no se ocupaba de la menor cuando estaba vigente el matrimonio, pero que no había hecho dejación de sus obligaciones como padre, porque existía una distribución de las cargas familiares. También considera acreditado que el padre tiene habilidades para cuidar de la menor.

Concluye que queda acreditado que el régimen de guarda y custodia compartida es el único que permitiría que la menor se relacionase con el círculo familiar paterno y con el materno, siendo esto beneficioso para la menor, y permitiendo a la hija restablecer su relación con ambos progenitores sin que le afecte la crisis que llevó a la ruptura de la pareja.

Debe resaltarse que no existió prueba pericial psicossocial en el proceso, porque no se accedió a su práctica, y en el acto del juicio (según la grabación de la vista adjunta a los autos de la primera instancia) se desestimó la petición del demandante de que el dictamen fuera elaborado por un perito judicial designado de entre la lista a disposición del juzgado. En la segunda instancia la recurrente fue la esposa, que pretendía la atribución de la guarda y custodia a la misma en exclusiva, y no solicitó la práctica de prueba pericial ni de otra clase.

5.º- Recurso de apelación.

Interpuesto por la demandada, en solicitud de la atribución de la guarda y custodia a la misma en exclusiva, con el mantenimiento de la pensión de alimentos.

La parte demandante y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso de apelación.

6.º- Sentencia de segunda instancia (de fecha 16 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, sección 4.ª):

Revoca la sentencia de primera instancia en el pronunciamiento sobre guarda y custodia, y establece en su lugar la atribución de la guarda y custodia a la madre en exclusiva, con un régimen de visitas a favor del padre, y el mantenimiento de la pensión de alimentos.

7.º- Recurso de casación:

Contra dicha sentencia se interpone por el esposo demandante recurso de casación, exclusivamente en cuanto a no haberse establecido un régimen de guarda y custodia compartida.

La parte recurrente utiliza el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC, que constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó en atención a la materia.

El recurso de casación se articula en un único motivo, en el que se invoca la infracción de la doctrina de esta sala sobre el régimen de guarda y custodia compartida (art. 92 del Código Civil) pues no se establece esta pese a concurrir los requisitos jurisprudenciales que la justifican. En síntesis, la argumentación se centra en los siguientes aspectos:

1.- La sentencia recurrida fundamenta la atribución de la guarda y custodia en exclusiva a la madre únicamente en que la madre ha venido ocupándose en exclusiva de la niña desde el auto de medidas provisionales, y no consta que este régimen sea perjudicial para la niña; no consta que el régimen de guarda y custodia compartida sea mejor para ella, no poniendo en entredicho las facultades del padre, que considera no compartió la crianza de la niña. Y dada la corta edad de esta (nacida el NUM000 de 2013).

2.- El proceso penal por delito de violencia sobre la mujer en el que se dictó el auto de medidas provisionales fue archivado por sobreseimiento libre, sin apreciarse indicios de delito. Por lo que lo decidido en ese proceso no puede fundamentar la atribución de la guarda y custodia a la madre en exclusiva.



3.- El mantenimiento de las mismas medidas sobre guarda acordadas en el auto de medidas provisionalísimas deja vacío de significado al proceso plenario tramitado precisamente para decidir dicha cuestión.

4.- Ambos progenitores tienen la capacidad necesaria para atender al cuidado de la menor, según viene a reconocerse en los hechos probados de la sentencia recurrida.

8.º- Doctrina de la Sala invocada en el recurso:

- Sentencia 257/2013, de 29 de abril, (rec. 2525/2011).

- Sentencias de 19 de julio de 2013 , 29 de noviembre de 2013 , 16 de febrero de 2015 y 29 de marzo de 2016 .

9.º- Recurso extraordinario por infracción procesal:

Se fundamenta en la infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por defecto en la motivación, con vulneración del art. 218.2 de la LEC y art. 120.3 de la Constitución Española .

Se concreta en atribuir a la sentencia falta de motivación, por no expresar las razones por las que considera que la guarda y custodia debe atribuirse a la esposa exclusivamente, revocando lo decidido en primera instancia, cuando no consta ningún elemento de hecho que permita concluir que el régimen de guarda y custodia compartida sea inadecuado.

10.º- El Ministerio Fiscal así como la representación procesal de la recurrida se opusieron a ambos recursos, de casación y extraordinario por infracción procesal, formulando en sus escritos las alegaciones en contra que estimaron pertinentes.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO .- *Motivo único.*

Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por defecto en la forma y motivarla y, por tanto, vulneración del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el art. 469.1.2.º del mismo cuerpo legal por ausencia de motivación de la sentencia .

Sorprende pues que, mientras la sentencia de instancia examina los parámetros a tener en cuenta para atribuir la guarda y custodia sobre la hija común a ambos progenitores, en interés de la hija común, la sentencia de apelación se limita a atribuirle en base a unos hechos que, no solo no examina, sino que, conforme a la actual doctrina jurisprudencial existente en la materia no constituyen argumento suficiente para la atribución exclusiva de la guarda a la madre, a tenor de la actual redacción del art. 92 del Código Civil , así como de la actual doctrina jurisprudencial en materia de guarda y custodia compartida, que considera dicho sistema como el más favorable para el bienestar y desarrollo integral de los hijos comunes, en caso de nulidad, separación y divorcio, al permitir una relación igual de fluida con ambos progenitores.

TERCERO .- *Decisión de la sala.*

Se desestima el motivo.

Esta sala entiende que en la sentencia recurrida se motiva suficientemente la decisión pronunciada, en cuanto tiene en cuenta la edad de la menor, el cuidado que la madre ha venido prestando antes del divorcio, la disponibilidad de tiempo de cada progenitor y los apoyos externos con los que cuentan, por lo que se expresan con claridad los elementos de juicio que motivan la revocación de la sentencia del juzgado (art. 218.2 LEC).

Recurso de casación.

CUARTO .- *Motivo único.*

Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, a través del cauce previsto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , al entender que la resolución del recurso presenta interés casacional, por razón de la materia, al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida, con incorrecta aplicación del principio de interés del menor. Infracción del art. 92 del Código Civil , en sus apartados 6 , 8 y 9, los arts. 2 y 11.2 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor , el art. 39 de la Constitución Española y los arts. 9 y 18 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, así como de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de guarda y custodia compartida.

QUINTO .- *Decisión de la sala .*

Se desestima el motivo.

El recurrente pretende que se retorne al sistema de custodia compartida que en su día adoptó el juzgado y que se dejó sin efecto por la Audiencia Provincial y a tal efecto cita la doctrina jurisprudencial dictada por esta sala.



Esta sala ha declarado en sentencia 257/2013, de 29 de abril de 2013 , apartado 3.º del fallo:

«Se declara como doctrina jurisprudencial 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».

Igualmente en sentencias de 19 de julio de 2013 , 29 de noviembre de 2013 , 16 de febrero de 2015 y 29 de marzo de 2016 .

Esta doctrina no se ha infringido en la sentencia recurrida la que se basa en el interés de la menor (arts. 92 y 94 del C. Civil), entendiendo que en el caso analizado, las atenciones debidas a la menor quedaban amparadas con más garantías mediante un sistema de custodia por la madre con un amplio régimen de visitas por el padre.

En la sentencia recurrida se constata que la madre ha cuidado con mayor dedicación de la menor, dado que el padre ha tenido que compatibilizar sus estudios de enfermería con el trabajo de ayudante de cocina y hoy de taxista.

En la sentencia de apelación se parte del cariño de padre hacia su hija y de las habilidades parentales de ambos progenitores.

En la sentencia recurrida se facilita extensamente el contacto del padre con la menor, fijando fines de semana alternos y visitas los martes y jueves, todo lo cual propicia que la menor no se desvincule de ninguno de sus progenitores.

Dicho ello, debemos declarar que en la sentencia recurrida se protege el interés de la menor, por lo que no procede estimar el recurso de casación, dado que la situación actual aconseja «que de momento» (FDD segundo de la sentencia recurrida) sea la madre quien ostente la guarda y custodia.

SEXTO . - *Costas y depósito.*

Desestimados ambos recursos procede imponer al recurrente las costas correspondientes a los mismos (arts. 394 y 398 LEC).

Procede la pérdida de los depósitos constituidos para ambos recursos.

FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Jose Luis , contra sentencia de fecha 16 de noviembre de 2016, de la apelación 445/2016, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca . **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. **3.º**- Procede imposición en las costas del recurso de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación al recurrente. Procede la pérdida de los depósitos constituidos para ambos recursos. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.