



Roj: **STS 1159/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1159**

Id Cendoj: **28079110012016100147**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/03/2016**

Nº de Recurso: **1849/2014**

Nº de Resolución: **143/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 387/2014,**
STS 1159/2016

SENTENCIA

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

Esta Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 226/2013 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso núm. 113/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 del Puerto de Santa María; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por don Belarmino, representado por el procurador don Carlos Hortelano Castro, bajo la dirección letrada de don José Luis Herrero Jiménez, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Argimiro Vázquez Senín en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona doña Sandra representada por el procurador don Francisco Abajo Abril bajo la dirección letrada de don Vicente Márquez Rubio y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Jaime Terry Martínez, en nombre y representación de doña Sandra, interpuso demanda de juicio de divorcio contra don Belarmino y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se declare el divorcio del matrimonio formado por D.^a Sandra y D. Belarmino y con adopción de las siguientes medidas;

- Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores comunes a la madre, siendo la patria potestad compartida entre ambos progenitores.

- Se atribuye el uso y el disfrute del domicilio que ha sido familiar en la CALLE000 n.º NUM000 a la madre e hijos.

El padre en concepto de sostenimiento de los gastos familiares, incluidos alimentos de los menores, deberá satisfacer la cantidad mensual de 1.300.-€, pagaderos por meses anticipados, dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta bancaria que a tal efecto señale la madre, más el 50% de los gastos extraordinarios de los menores.

El padre tendrá consigo a los menores martes y jueves desde las 17 a las 19 horas, recogiendo y entregando a los menores en el domicilio familiar y fines de semana alternos, desde la salida del colegio del viernes hasta la entrada del colegio el lunes, extendiéndose respecto de lunes o viernes a los festivos escolares consecutivos con dichos días, así como la mitad de las vacaciones escolares, correspondiéndole el disfrute de la primera mitad al padre en años pares y a la madre en años impares en caso de que no exista acuerdo entre los



progenitores y correspondiendo el disfrute del primer fin de semana desde la notificación de la presente al padre en caso de que no exista acuerdo entre los progenitores».

2.- A este procedimiento se unió el procedimiento registrado con el núm. 129/11 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4, incoado con demanda de divorcio de D. Belarmino , en el que la única diligencia practicada fue un auto del Juzgado en el cual se expone que la actora de dicha demanda se dirigió erróneamente a ese juzgado cuando debería haberse dirigido al Juzgado núm. 4 que incoó las medidas previas, por lo que se devuelven las actuaciones a la oficina de reparto para su reparto reglamentario. En esta demanda interpuesta por don Belarmino , representado por la procuradora doña María del Rosario Monserrat Maiquez, se solicita en su suplico:

«Se dicte sentencia en la que se acuerde acceder a las medidas y se aprueben las solicitadas como principales en el hecho décimo de este escrito y que damos por reproducidas por economía procesal y, subsidiariamente las del punto undécimo que también damos por reproducidas; así como acuerde lo demás procedente en Derecho».

Se hace constar que el hecho décimo y undécimo de la demanda es literalmente idéntico a los expresados con los mismos números en la contestación a la demanda realizada por la misma parte, y que se reseñan posteriormente en el siguiente punto núm. 3.

3.- La procuradora doña María del Rosario Monserrat Maiquez, en nombre y representación de don Belarmino , 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:

«En la que se acuerde acceder a las medidas y se aprueben las solicitadas como principales en el hecho décimo de este escrito y que damos por reproducidas por economía procesal y, subsidiariamente las del punto undécimo que también damos por reproducidas; así como acuerde lo demás procedente en Derecho».

Y en su hecho décimo y undécimo, se solicita:

«Décimo.- Por todo ello, esta parte solicita que se adopten las siguientes medidas definitivas:

A.- Se atribuya la Patria Potestad compartida a ambos progenitores y la guarda y custodia de los hijos a nuestro patrocinado, ya que su horario y su estado de salud le permite seguir haciéndose cargo de los niños como lo ha hecho desde que nacieron. Divorcio de los cónyuges.

B.- Se atribuya el uso de la casa privativa de nuestro mandante de El Puerto, a mi mandante y sus hijos y el uso de la casa privativa de la actora de Madrid, a la actora.

C.- Se establezca que la madre, pueda estar con sus hijos, José y Maximo , bajo la supervisión que S.S.^a considere oportuna, los siguientes periodos:

1.- Fines de semana alternos desde la salida del colegio los viernes hasta la entrada del colegio los lunes. Los puentes le corresponderán estar los hijos con el progenitor a quien le corresponda el fin de semana más cercano.

2.- En la semana que los niños estén con su madre el fin de semana, todos los miércoles escolares desde la salida del colegio hasta el jueves a la entrada al colegio, y en las semanas en que no estén el fin de semana con su madre todos los martes desde la salida del colegio hasta el miércoles a la entrada al colegio, y los jueves desde la salida del colegio, al viernes a la entrada al colegio.

D.- Mitad de vacaciones los niños estarán con cada progenitor de la siguiente forma:

1.- En Navidad, los años pares estarán con el padre desde el comienzo de las vacaciones el día 22 de diciembre a las 12,00 horas hasta el día 31 de diciembre a las 16,00 horas. Los años impares desde esta última hora y fecha hasta la entrada al colegio tras las vacaciones. Con la madre estarán los periodos inversos. El día de Reyes, el progenitor que no tenga a los hijos consigo en dicha fase vacacional, estará con los niños desde las 13,00 a las 17,00 horas.

2.- En semana blanca, cuando entre en vigor (en proyecto por la Junta de Andalucía), los niños estarán con su padre los años impares desde la salida de colegio al comienzo de la semana blanca hasta el miércoles a las 16,00 horas, y los años pares desde esta hora y fecha hasta la entrada al colegio. Con el padre estarán los periodos inversos.

3.- En Semana Santa se repartirá el tiempo de la misma forma que la medida anterior.



4.- En verano, los niños estarán con su madre los años impares desde el día siguiente al comienzo de las vacaciones escolares, hasta el día 30 de julio a las 16,00 horas, y desde esta fecha y hora hasta el día anterior al comienzo de las clases los años pares. Con el padre estarán los niños en los periodos inversos.

5.- Las fiestas de el Puerto la pasarán los niños mitad con el padre y mitad con la madre.

F.- Para evitar futuros conflictos, se solicita que se establezca que corresponderá el primer fin de semana, tras un periodo vacacional, estar con los niños al progenitor que no haya pasado la segunda parte de las vacaciones con los niños.

G.- Como quiera que el reparto de los tiempos de estancia con los niños son muy equivalentes, y debido a que existe un claro desequilibrio entre los ingresos de la madre y el padre, solicitamos que se establezca una pensión para cargas del matrimonio y alimentos que deberá abonar la madre al padre, de 200 euros al mes, ya que los hijos comen todos los días en el colegio. Y que el colegio, en tanto sigan en el Colegio Inglés los niños, sea pagado a medias. Dicha cantidad se ingresará en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el actor, y cada comienzo de año se actualizará conforme al IPC oficialmente establecido.

No obstante esta parte ofrece la posibilidad de que S.S.^a considere que se establezca que se aperture cuenta mancomunada por ambos progenitores, y en ella cada progenitor ingrese cada mes, 300 euros a fin de hacer frente así los gastos de los hijos, incluido los gastos de Asisa. En tanto los hijos estén en el Colegio Inglés, se abone dicho colegio a medias en dicha cuenta. Para disponer de fondos de dicha cuenta hará falta autorización de ambos progenitores. Todo ello, siguiendo el acuerdo del encuentro de Jueces, Fiscales y abogados de familia celebrado en 2009 en Valencia.

H.- Se establezca que quien tiene consigo a los niños en periodos vacacionales, deberá llevar a éstos al otro progenitor allí donde resida el otro progenitor. Ello se pide para poder transmitir a los niños una idea de corresponsabilidad en las transiciones, y no que tengan la sensación que siempre es un progenitor quien los recoge y los devuelve.

I.- Que cada progenitor se haga cargo de los gastos de sus respectivas casas, al ser ambas privativas.

J.- Al existir un desequilibrio económico entre ambos esposos, ya que la esposa percibe casi el doble de ingresos que el esposo, se fije una pensión compensatoria a favor del esposo de 300 euros mensuales, durante cuatro años. Dicha cantidad será abonada los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el actor, y cada comienzo de año se actualizará conforme al IPC oficialmente establecido.

K.- Los gastos extraordinarios, serán sufragados al 50% por cada progenitor, siempre y cuando sean consensuados, y serían cargados en la cuenta que se propone en el apartado G, segunda opción.

L.- Dada la nula educación de padres y madres en España sobre qué entraña el ejercicio de patria potestad, y en virtud e las recomendaciones del TEDH de Estrasburgo en distintas sentencias, así como por directrices de la Dirección General de la Justicia, Igualdad y Seguridad de la Comisión Europea, se solicita que por S.S.^a se establezcan en sentencia los siguientes derechos y/u obligaciones de ambos progenitores cuando no se encuentren los niños con uno de ellos conviviendo de forma habitual, ya que con esta relación se evitan ejecuciones de sentencias posteriores y denuncias por incumplimientos posteriores y/o peticiones de ejercicio de patria potestad del art. 156 del C. Civil .:

1.- Se establece el derecho de enviar cartas por correo, así como a todo tipo de comunicaciones telemáticas con los niños, que el otro progenitor no podrá abrir o censurar, siempre que por su volumen o frecuencia no interfieran en sus actividades diarias.

2.- Se establece el derecho de ambos progenitores a decidir sobre los profesionales médicos, tratamientos o intervenciones relacionadas con la salud y el bienestar de los niños. En caso de desacuerdo ambas partes se someterían a un proceso de mediación familiar dependiente de instituciones públicas.

3.- Se establece el derecho a recibir aviso y la información pertinente en cuanto sea factible, pero dentro de las dos horas siguientes, de cualquier evento médico u hospitalización por enfermedad de cualquiera de los hijos.

4.- Se establece el derecho a recibir copias de los informes médicos, psicológicos, etc., de los niños, así como las prescripciones médicas, citas y de la identificación del lugar de la consulta.

5.- Se establece el derecho de ambos progenitores a recibir directamente del colegio de los niños, copia de los informes de tutores, calificaciones, archivos de asistencia, o cualquier otra eventualidad escolar, y a participar en el AMPA.



6.- Se establece el derecho a que en presencia de los niños no se puedan hacer comentarios negativos del otro progenitor, o de sus familiares y allegados, por parte de cada progenitor, a fin de evitarle prejuicios y perjuicios psicológicos.

M.- Cualquier otra medida que S.S.^a y la Fiscalía consideren oportunas, en interés de los menores.

Décimo Primero.- Esta parte entiende que lo mejor para sus hijos sería una custodia compartida, y sólo por el hecho de la situación de salud de la madre, se solicita la custodia exclusiva para el padre.

No obstante, como esta parte desea que la madre se encuentre bien por su propio bien y el de los hijos, solicitamos de forma subsidiaria la custodia compartida de los hijos, y que las mismas sean las siguientes:

A.- Todas las indicadas en el punto anterior, salvo que el reparto de tiempos de crianza consista en que los menores estarán con su padre y su madre por semanas alternas, desde los viernes a las salida del colegio, hasta el viernes siguiente que los recogerá el otro progenitor y en la semana que los hijos estén con un progenitor, el otro podrá recogerlos los martes desde la salida del colegio hasta el miércoles a la entrada al colegio, para que los menores no estén más de cuatro días sin ver a uno de sus progenitores.

B.- Las vacaciones y demás medidas pedidas en el punto anterior, serían igual en este caso de custodia compartida, pero en este caso, sólo se ingresaría en la cuenta común por cada progenitor la cantidad de 150 euros al mes, más el gasto del colegio a medias, sea cual sea el colegio que decidan los padres tener a sus hijos, ya que creemos que el año próximo la economía familiar no podrá sostener el gasto del Colegio Inglés, salvo que se otorgue la custodia compartida.

A título informativo, se señala por este letrado que en aquellos países y comunidades autónomas donde se aplica la custodia compartida, se ha llegado a la conclusión que la custodia compartida favorece la cooperación de los progenitores y no a la inversa».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia número 4 del Puerto de Santa María se dictó sentencia, con fecha 27 de septiembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimo parcialmente las demandas interpuestas por los procuradores Jaime Terry Martínez y Rosario Monserrat Maiquez en nombre y representación respectiva de Sandra y Belarmino .

Declaro disuelto por divorcio el matrimonio celebrado en Madrid el 14 de agosto de 2004 entre Belarmino y Sandra .

Se acuerdan las siguientes medidas:

1º La guardia y custodia de los hijos menores se atribuyen a la madre siendo la patria potestad compartida.

2º El padre tendrá consigo a los menores martes y jueves desde las 17 a las 19 horas, recogiendo y entregando a los menores en el domicilio familiar y fines de semana alternos, desde la salida del colegio del viernes hasta la entrada del colegio el lunes, extendiéndose respecto de lunes o viernes a los festivos escolares consecutivos con dichos días, así como la mitad de las vacaciones escolares, correspondiéndole el disfrute de la primera mitad al padre en años pares y la madre en años impares en caso de que no exista acuerdo entre los progenitores.

En cuanto a las vacaciones de verano, se acuerdan dos periodos de tiempo un periodo desde el comienzo de las vacaciones escolares, cuya recogida será el último día de colegio a la hora que termine la actividad, hasta el 31 de julio a las 21 horas, y otro desde dicha fecha hasta el comienzo de la actividad escolar, cuya entrega será las 21 horas del día anterior del comienzo de la actividad escolar. Siempre que no se acuerde otra cosa por los progenitores.

En cuanto a las vacaciones de Navidad se establece un periodo desde las vacaciones escolares de los menores, cuya recogida será el último día de colegio a la hora que termine la actividad, hasta el 31 de diciembre a las 21 horas y otro desde dicho día al comienzo de la actividad escolar, cuya entrega será las 21 horas del día anterior del comienzo de la actividad escolar. Siempre que no se acuerde otra cosa por los progenitores

En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, se establece un periodo desde el comienzo de las vacaciones escolares, cuya recogida será el último día de colegio a la hora que termine la actividad, hasta el Miércoles Santo a las 21 horas y otro desde dicho día al comienzo de la actividad escolar, cuya entrega será las 21 horas del día anterior del comienzo de la actividad escolar. Siempre que no exista otro acuerdo.

Para el cumplimiento del régimen de visitas el padre recogerá a los menores en el domicilio materno y allí los reintegrará.».



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada e impugnada la sentencia por la parte demandante la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 17 de marzo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Belarmino contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de el Puerto de Santa María, en fecha 27 de septiembre de 2012 , y desestimando asimismo la impugnación formulada por doña Sandra , debemos confirmar y confirmamos la referida resolución en sus propios términos, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales de esta alzada. Se decreta la pérdida del depósito constituido por don Belarmino , al que se dará el destino legal.».

TERCERO.- 1.- Por don Belarmino se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción por indebida aplicación de la norma contenida en el art. 92.6 del Código Civil .

Motivo segundo y subsidiario del motivo primero.- Infracción por indebida aplicación de la norma contenida en el art. 92.8 del Código Civil .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 14 de octubre de 2015 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador don Francisco J. Abajo Abril, en nombre y representación de doña Sandra , presentó escrito de oposición al mismo. Por su parte el Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso de casación interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 1 de marzo de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso acreditados en las instancias.

El asunto sobre el que versa el recurso de casación es una pretensión de divorcio. Los aspectos controvertidos en casación se refieren a la idoneidad de la madre y la atribución de la guarda y custodia compartida.

El matrimonio tiene dos hijos (José y Maximo) nacidos ambos en el mismo día, NUM001 de 2006.

El padre es teniente de navío y la madre visitadora médica.

El matrimonio se celebró el 14 de agosto de 2004.

Se siguió contra el hoy recurrente procedimiento penal (violencia de género) sustentado en unas coacciones por cambio de cerradura de vivienda, del que resultó absuelto.

El recurso de casación se articula en dos motivos. En el primero se denuncia la infracción, por indebida aplicación, del artículo 92.6 CC . En su desarrollo argumental se denuncia que, de acuerdo a la prueba practicada, la sentencia recurrida, como la dictada en primera instancia, no ha tenido en cuenta que el régimen de guarda más idóneo para los hijos menores no es otro que el de la atribución de la guarda y custodia de los menores a favor del padre. En este sentido, el resultado de la prueba habría evidenciado que la madre presenta un cuadro psiquiátrico y psicológico complicado, requiriendo de un tratamiento específico y asimismo padece una enfermedad degenerativa -parkinson- que, a pesar de encontrarse en un estado leve, ha influido negativamente en su comportamiento y ya no se ocupa de forma adecuada de sus hijos. Concluye el motivo que la Audiencia habría vulnerado el precepto legal denunciado, al atribuir a la madre la guarda y custodia de los hijos sin atender a los informes periciales obrantes en autos. Para justificar el presupuesto del interés casacional se hace mención a dos sentencias dictadas por Audiencias Provinciales, una de Madrid y otra de Murcia.

En el motivo segundo se denuncia la infracción por indebida aplicación del artículo 92.8 CC . En este motivo, de aplicación subsidiaria, se denuncia que la sentencia ha rechazado la adopción del régimen de guarda conjunta, a pesar de la recomendación del equipo psicosocial en este sentido y basándose solo en la mala relación existente entre los padres. Para justificar el presupuesto del interés casacional, se refiere al contenido de la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2012 , que declara que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes o irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida y que sólo se convierten



en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor. También se cita una sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Estos son los razonamientos de la sentencia que afrontan la cuestión controvertida.

RECURSO DE CASACIÓN.

SEGUNDO.- Motivo primero. Infracción por indebida aplicación de la norma contenida en el art. 92.6 del Código Civil .

Se desestima el motivo.

Se denuncia la infracción, por indebida aplicación, del artículo 92.6 CC . En su desarrollo argumental se denuncia que, de acuerdo a la prueba practicada, la sentencia recurrida, como la dictada en primera instancia, no ha tenido en cuenta que el régimen de guarda más idóneo para los hijos menores no es otro que el de la atribución de la guarda y custodia de los menores a favor del padre. En este sentido, el resultado de la prueba habría evidenciado que la madre presenta un cuadro psiquiátrico y psicológico complicado, requiriendo de un tratamiento específico y asimismo padece una enfermedad degenerativa -parkinson- que, a pesar de encontrarse en un estado leve, ha influido negativamente en su comportamiento y ya no se ocupa de forma adecuada de sus hijos. Concluye el motivo que la Audiencia habría vulnerado el precepto legal denunciado, al atribuir a la madre la guarda y custodia de los hijos sin atender a los informes periciales obrantes en autos. Para justificar el presupuesto del interés casacional se hace mención a dos sentencias dictadas por Audiencias Provinciales, una de Madrid y otra de Murcia.

Esta Sala debe declarar que en casación se están articulando cuestiones probatorias, cuando no es este el cauce para alegarlas.

«Esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones que el recurso de casación está limitado a una estricta función revisora de la aplicación de las normas sustantivas a las pretensiones materiales deducidas por las partes, correspondiéndole al recurso extraordinario por infracción procesal controlar las "cuestiones procesales, entendidas en sentido amplio"». (sentencia de 22 de Junio del 2012, recurso: 1084/2010).

En cuanto, a la aplicación indebida del art. 92. 6 del C. Civil , en la resolución recurrida se atribuye la guarda y custodia a la madre y se impugna por el recurrente dada la enfermedad degenerativa que ella sufre (Parkinson).

En la sentencia recurrida se hace un exhaustivo análisis de la cuestión para llegar a la conclusión de que la enfermedad de Parkinson se encuentra en estado leve y controlada, lo que no impide a la recurrida hacerse cargo del cuidado de sus hijos, sin perjuicio de lo que resulte de su posterior evolución.

No obsta a lo acordado, lo dictaminado por el Sr. Hermenegildo , que concluye que la existencia de una manifestación ansioso- depresiva, pues no consta que sea consustancial al Parkinson, es un cuadro de relativa frecuencia tras las rupturas matrimoniales y no inhabilita para desarrollar la labor como madre, como se deduce del informe psicosocial elaborado por los peritos judiciales.

Por lo expuesto, debe concluirse que no consta causa alguna que haga desmerecer a la madre, en su potencialidad como educadora de sus hijos.

TERCERO.- Motivo segundo. Infracción por indebida aplicación de la norma contenida en el art. 92.8 del Código Civil .

Se desestima el motivo.

Se denuncia la infracción por indebida aplicación del artículo 92.8 CC . En este motivo, de aplicación subsidiaria, se denuncia que la sentencia ha rechazado la adopción del régimen de guarda conjunta, a pesar de la recomendación del equipo psicosocial en este sentido y basándose solo en la mala relación existente entre los padres. Para justificar el presupuesto del interés casacional, se refiere al contenido de la sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 2012 , que declara que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes o irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida y que sólo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor. También se cita una sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Esta Sala debe declarar que no puede plantearse la petición de custodia compartida, cuando el recurrente, en el acto del juicio (minuto 6.08) renunció a la misma, manteniendo exclusivamente, la petición de custodia a su favor.

Al ser peticiones radicalmente diferentes y sustentadas en principios y situaciones diversas, no pueden ser afrontadas por esta Sala, de acuerdo con el art. 456 LEC , pues no podemos entrar en cuestiones que no podían debatirse en segunda instancia.



Precisamente por ello en la sentencia recurrida se declara que la renuncia provoca que se descarte la custodia compartida (FDD tercero, "in fine").

En la sentencia recurrida se analiza, como cuestión de fondo, la inviabilidad de la custodia compartida, a la vista de las pruebas practicadas, como mero "obiter dicta", concluyendo que en base a la mencionada renuncia debe ser descartado que ambos progenitores compartan la custodia de los menores.

En cualquier caso, para la adopción del sistema de custodia compartida se requiere un mínimo de capacidad de diálogo, pues sin él se abocaría a una situación que perjudicaría el interés del menor (art. 92 del C.Civil). En este sentido la sentencia de 17 de diciembre de 2012 refiere que las malas relaciones entre los cónyuges pueden ser relevantes cuando afectan al interés del menor y en el presente caso no se puede pretender un sistema compartido de custodia cuando las partes se relacionan solo por medio de SMS y de sus letrados, lo que abocaría al fracaso de este sistema que requiere un mínimo de colaboración que aparque la hostilidad y apueste por el diálogo y los acuerdos.

CUARTO.- Desestimado el recurso se imponen al recurrente las costas derivadas del mismo, con pérdida del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por Belarmino , contra sentencia de 17 de marzo de 2014 de la Sección Quinta la Audiencia Provincial de Cádiz , con imposición de costas al recurrente.
2. Se confirma la resolución recurrida en todos sus términos.
3. Procede la pérdida del depósito para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.