



Roj: **STS 1658/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1658**

Id Cendoj: **28079110012016100253**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/04/2016**

Nº de Recurso: **1645/2015**

Nº de Resolución: **263/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7711/2015,**
STS 1658/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 20 de abril de 2016

Esta sala ha visto, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 427/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 85 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Eloy, representado ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don Pablo Hornedo Muguero, siendo parte recurrida doña Milagros representada por el procurador de los Tribunales don Federico Briones Méndez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1 .- El procurador don Pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de don Eloy, interpuso demanda de divorcio contencioso contra doña Milagros, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«Que tenga por presentado este escrito junto con los documentos y copias que se acompañan, se sirva admitirlo, teniéndome por parte en la representación acreditada de don Eloy, y por formulada demanda de divorcio contra doña Milagros, tramitarla con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, por la existencia de hijos menores de edad, convocando a la mayor brevedad a la vista, en la que se fijen las siguientes medidas con carácter definitivo:

a) Patria potestad. Guarda y Custodia y régimen de visitas.

Se solicita que la guarda y custodia de los menores, Ezequiel y Marcos, se ejerza de manera compartida entre ambos progenitores, en periodos quincenales, realizando los intercambios los días domingo cada 15 días, a las 20 horas siendo reintegrados los menores al domicilio del progenitor al que corresponda disfrutar del siguiente periodo.

Los festivos anteriores o posteriores al fin de semana y los denominados puentes, serán una prolongación del fin de semana, y corresponderán al progenitor que disfrute de ese fin de semana.

En cuanto al régimen de visitas, de los menores respecto del otro progenitor, en aras a favorecer el contacto paterno y materno filial, se establece la posibilidad de visitar a los menores durante una tarde a la semana en defecto de acuerdo se fija en la de los miércoles, desde la salida del colegio hasta las 20 horas



Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, serán repartidas por mitad entre ambos cónyuges, correspondiendo la elección de periodo los años pares al padre y los impares a la madre.

Durante los periodos de vacaciones escolares, quedará suspendida la alternancia de la custodia de los hijos, que se reanudará una vez finalicen.

Aspectos comunes a todos los periodos:

Los progenitores deberán comunicarse, mutuamente y en todo momento, las direcciones de sus respectivos domicilios y un número de teléfono en el que poder entrar en contacto en caso de tener que comunicar cualquier contingencia que se refiera a los hijos de la pareja.

Los progenitores se comprometerán a facilitar las comunicaciones con los hijos por cualquier medio viable para ambos.

Igualmente, el progenitor que se lleve a sus hijos de vacaciones fuera del lugar de residencia habitual deberá comunicar al otro el domicilio y teléfono de vacaciones para que se siga el contacto con los mismos.

b) Uso y disfrute del domicilio conyugal.

Al tratarse de un inmueble de alquiler, no se solicita atribución del uso y disfrute del mismo para nadie. Mi mandante, una vez exista resolución judicial, decidirá donde establecer su domicilio con los menores, y velará porque el mismo se encuentre en una zona cercana a su colegio y entorno.

La demandada podrá optar por mantenerse en el referido inmueble, subrogándose en el contrato de alquiler, o trasladarse a otro, velando, igualmente, porque dicho traslado se produzca siempre dentro del entorno de los menores.

c) Pensión de Alimentos.

Cada progenitor asumirá sus propios gastos de vivienda y gastos propios de los menores mientras se encuentren en su compañía. Mi mandante asumirá, hasta el 31 de diciembre de 2013, el gasto de colegio de sus hijos en exclusiva, si bien, doña Milagros abonará el 50% a partir del mes de enero de 2014.

En todo caso, los gastos extraordinarios de los menores serán sufragados al 50% por ambos.

d) Pensión Compensatoria.

No procede establecimiento de pensión compensatoria entre los cónyuges, al no producir la ruptura matrimonial desequilibrio a ninguno de ellos, en relación con la situación anterior al matrimonio.»

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que,

«... dicte Sentencia en la que acuerde la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, con los demás efectos legales inherentes a dicha declaración, y las siguientes medidas:

1º. La atribución de la guarda y custodia de los dos hijos menores de edad, Marcos y Ezequiel a la madre, Dña. Milagros, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2º. Fijar como régimen de visitas y comunicaciones a favor del padre y de los dos hijos menores, Ezequiel y Marcos, el que ambos decidan libremente en cada caso. En defecto de acuerdo, dicho régimen comprenderá:

a) Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida de la Guardería o Colegio hasta el domingo a las 20h00, debiendo el padre recoger a los hijos menores en el centro escolar y reintegrarles al domicilio materno.

b) La mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo período, en caso de discrepancia, los años pares el padre y los años impares la madre. La recogida y reintegro de los menores se llevará a cabo en el domicilio materno.

c) El régimen de visitas de fines de semana del apartado a) se suspenderá durante los períodos de vacaciones escolares señalados en el apartado b), reanudándose al final de los citados períodos.

d) Ambas partes deberán comunicarse mutuamente su lugar de residencia y el lugar en el que se encuentren con los menores en el caso de viajes fuera de su respectivo domicilio habitual, facilitando la comunicación telefónica diaria de los hijos con el otro progenitor.

3º. Atribuir el uso del domicilio familiar sito en Madrid, CALLE000 NUM000 NUM001, plaza de garaje y trastero anejos, así como el mobiliario y ajuar doméstico, a los hijos menores de edad y a la madre bajo cuya guarda y custodia van a permanecer.



4º. Fijar en concepto de alimentos, desde la fecha de presentación el escrito de contestación a la demanda, a cargo del padre y a favor de los hijos menores, Marcos y Ezequiel , la cantidad de dos mil cuatrocientos euros (2.400) mensuales, 1.200 euros mensuales para cada uno de ellos, cantidad que será pagadera por meses anticipados, doce veces al año, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que designe la madre, quien la administrará, actualizándose anualmente con efectos 1º de enero de acuerdo a las variaciones que experimente el IPC en los doce meses anteriores, produciéndose la primera actualización en el año 2014, así como el 75% de los gastos extraordinarios que se pudieran producir en la vida de los menores.»

3.- El Ministerio Fiscal contestó asimismo la demanda.

4.- 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 nº 85 de Madrid, dictó sentencia con fecha 10 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Con estimación parcial de la demanda formulada por el procurador Sr. Hornedo Muguero en nombre y representación de D. Eloy frente a Dª Milagros , representado por el procurador Sr. Briones Méndez se declara el divorcio del matrimonio celebrado por D. Eloy y Dª Milagros en Marbella (Málaga) el día 2/6/2007 con los efectos legales inherentes sin pronunciamiento en costas y la adopción de las siguientes medidas:

1.- La atribución de la guardia y custodia de los hijos menores comunes a la madre Dª Milagros con la Patria potestad compartida.

2.- Se fija como régimen de visitas y comunicación de los menores con su progenitor D. Eloy los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar hasta el lunes en que serán reintegrados al centro escolar, así como los miércoles desde la salida del centro escolar hasta el jueves en que serán reintegrados al centro escolar, y la mitad de las vacaciones de navidad , semana santa y verano con elección del padre en los años pares y de la madre en los impares.

Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios las hijas comunes, se considerará este período agregado al fin de semana, y en consecuencia procederá la estancia con el progenitor al que corresponda estar con las menores durante el mismo.

3.- Se fija como pensión de alimentos a favor de cada hijo menor y a cargo del padre la cantidad de 1.200 euros mensuales, pagaderos en los cinco primeros días de cada mes y por mensualidades anticipadas en la cuenta corriente que la madre designe al efecto, actualizables con arreglo al IPC o índice equivalente de forma anual, y los gastos extraordinarios por mitad.

4.- El uso del domicilio familiar sito en la CALLE000 nº NUM000 , NUM001 de Madrid se atribuye a los hijos y a la madre Dª Milagros por quedar en su compañía.»

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y sustanciada la alzada, la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de abril de 2015 , cuyo Fallo es como sigue:

« Que, ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Eloy frente a la sentencia de fecha 10 de febrero de 2014 , recaída en autos de divorcio número 427/2013, seguidos contra Dª Milagros , ante el Juzgado de Primera Instancia número 85 de los de Madrid, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS también en parte meritada resolución, ACORDANDO: Se cuantifica la contribución de D. Eloy a los alimentos en beneficio de Ezequiel y Marcos en 1.600 ? al mes, a razón de 800 ? al mes por cada uno de ellos, abonables y a actualizar en la forma que viene establecida, y con efectos desde la fecha de la presente resolución, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.- Hágase devolución del depósito constituido para recurrir en apelación.»

TERCERO.- El procurador de los Tribunales don Pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de don Eloy , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, por interés casacional, fundado el primero en los siguientes motivos:

1.- Al amparo del artículo 469.1.3º y 4º LEC , por infracción de los artículos 281 , 282 y 283 LEC en relación con el establecimiento de la guarda y custodia materna.

2.- Al amparo del artículo 469.1. 3º LEC , por infracción de las normas sobre valoración de la prueba, en relación con lo dispuesto por los artículos 316 , 326.1 y 319 de la misma Ley ; y

3.- Al amparo del artículo 469.1. 3º LEC , por infracción de las normas sobre valoración de la prueba, en relación con los artículos 316 , 326.1 y 319 de la misma Ley , y artículos 1249 y 1253 CC sobre la cuantía de la pensión alimenticia.



Por su parte el recurso de casación se fundamenta como único motivo en la vulneración del artículo 92 CC e infracción de la doctrina de esta Sala sobre la protección del interés de los menores en relación con la guarda y custodia compartida.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 30 de septiembre de 2015 por el que se acordó la admisión de ambos recursos y dar traslado de los mismos a la parte recurrida, doña Milagros , que se opuso a su estimación mediante escrito presentado en su nombre por el procurador don Federico Briones Méndez. Igualmente se opuso el Ministerio Fiscal.

QUINTO.- No habiendo solicitado todas las partes la celebración de vista y no considerándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 6 de abril de 2016, fecha en la que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 13 de mayo de 2013 don Eloy interpuso demanda de divorcio frente a su esposa doña Milagros , interesando como medida a adoptar, entre otras, que se atribuyera al demandante la guarda y custodia de los dos hijos menores, Ezequiel y Marcos , nacidos el NUM002 de 2009 y el NUM003 de 2011, respectivamente, o subsidiariamente la guarda y custodia compartida por quincenas.

Se opuso a ello la demandada y el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 10 de febrero de 2014 atribuyendo la guarda y custodia de los hijos a la madre, quedando los mismos en el uso de la vivienda familiar, fijando pensión a cargo del padre de 1.200 ? mensuales para cada hijo así como un régimen de visitas para el padre.

El demandante recurrió en apelación interesando, en primer lugar, la práctica de prueba psicosocial para determinar la conveniencia para los menores de la custodia compartida y la unión de documentos, rechazando la Audiencia el recibimiento a prueba. A continuación la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) dictó sentencia de fecha 21 de abril de 2015 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don Eloy a los solos efectos de fijar la cuantía de la pensión alimenticia a cargo del padre y para cada uno de los menores en 800 ? mensuales.

Contra dicha sentencia recurre por infracción procesal y en casación el demandante.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El primero de los motivos se formula, al amparo del artículo 469.1.3º y 4º LEC , por infracción de los artículos 281 , 282 y 283 LEC en relación con el establecimiento de la guarda y custodia materna, denunciando infracción de las normas procesales que rigen los actos y garantías del proceso.

El motivo adolece de falta de claridad ya que acumula una denuncia sobre la valoración probatoria llevada a cabo por la Audiencia con la de infracción procesal al no haber sido recibido a prueba el proceso en segunda instancia.

En cuanto a lo primero, se citan como infringidos los artículos 281 , 282 y 283 LEC sin hacer posterior referencia a los mismos en el desarrollo del motivo.

Esta Sala ha reiterado que la valoración de la prueba es función de las instancias, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del artículo 469.1 LEC , basado en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTS de 18 de junio de 2009 ; 13 de abril de 2010 ; 8 de julio y 30 de marzo de 2010 y 8 de octubre y 11 noviembre 2013 , entre otras), siendo necesario que se alegue la existencia del error en relación con cada prueba en concreto, sin que pueda ir referido al conjunto de la valoración.

Respecto de la negativa al recibimiento a prueba en segunda instancia, que se considera causante de indefensión, opone acertadamente la parte recurrida el incumplimiento por la parte recurrente de lo establecido en el artículo 469.2 LEC en cuanto no recurrió el auto dictado por la Audiencia en tal sentido, además de reflejar la inconsecuencia que supone interponer dicho motivo y no solicitar correlativamente en el suplico la declaración de nulidad de la sentencia y devolución de actuaciones a la Audiencia para que se practiquen las pruebas omitidas y se dicte nueva sentencia atendiendo a su resultado.

Por ello el motivo se desestima.

TERCERO.- El segundo motivo se formula al amparo del artículo 469.1. 3º LEC , por infracción de las normas sobre valoración de la prueba, en relación con lo dispuesto por los artículos 316 , 326.1 y 319 de la misma Ley .



Es preciso reiterar que la infracción procesal derivada del error en la valoración de la prueba únicamente puede encuadrarse en el artículo 469.1.4º LEC , y sólo puede ser planteada cuando dicho error es tan patente y grave que atenta contra la tutela judicial efectiva, por lo que no procede por la vía del número 3º -elegido por la parte recurrente- que se refiere a la vulneración de las normas que rigen los actos y garantías del proceso.

Esta Sala tiene declarado que la revisión de la valoración probatoria no está expresamente prevista en ninguno de los motivos de infracción procesal recogidos en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias, y que sólo puede, excepcionalmente, ser denunciada como infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad (SSTS de 20 de junio de 2006 y 17 de julio de 2006), o por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba (SSTS de 16 de marzo de 2001 , 10 de julio de 2000 , 21 de abril de 2005 , entre otras). En defecto de todo ello dicha valoración es función de la instancia ajena a las potestades de casación (27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000, 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001). En igual sentido, la sentencia núm. 231/2013, de 25 marzo (Rec. núm. 1461/2009) , dice que

«se pretende someter a esta Sala una alternativa a la valoración de la prueba hecha en la sentencia recurrida, en la que se dé prevalencia a aquellos datos que son favorables a la pretensión de la recurrente, lo que implicaría que esta Sala tuviera que revisar en su conjunto la prueba practicada, imposible en el recurso extraordinario por infracción procesal, que no constituye una tercera instancia (STS de 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005), cuya naturaleza extraordinaria impide, si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del tribunal por el suyo propio (SSTS de 9 de mayo de 2007, RC n.º 2097/2000 , 27 de mayo de 2007, RC n.º 2613/2000 , 15 de abril de 2008, RC n.º 424/2001 , 30 de junio de 2009, RC n.º 1889/2006 , 29 de septiembre de 2009)».

Por ello no basta la cita como infringidos de los artículos 316 (interrogatorio de las partes), 326.1 (documentos privados) y 319 (documentos públicos) para pretender una distinta valoración conjunta de la prueba que sea más favorable para los intereses de la parte recurrente.

La sentencia recurrida afirma, en su fundamento de derecho tercero, que no se duda de la capacidad, aptitud e idoneidad del padre para poder ejercer la guarda de los menores, pero valora el interés de los mismos para concluir que no es adecuado en el presente caso el régimen de custodia compartida y que lo mejor para ellos es la continuación del régimen actual de custodia de la madre con un régimen de visitas para el padre, atendiendo al conjunto de la prueba practicada.

Por ello el motivo se desestima.

CUARTO.- El tercer motivo se formula también de forma indebida al amparo del artículo 469.1. 3º LEC , cuando únicamente podría plantearse por la vía del apartado 4º, por infracción de las normas sobre valoración de la prueba, en relación con los artículos 316 , 326.1 y 319 de la misma Ley , y artículos 1249 y 1253 CC sobre la cuantía de la pensión alimenticia.

Los artículos que se citan del Código Civil quedaron sin vigencia a partir de la Disposición Derogatoria de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, y en cuanto a los demás que se invocan como infringidos ha de reiterarse lo ya expresado en el fundamento anterior, significando que la Audiencia ha valorado detalladamente y razonablemente las pruebas practicadas (fundamento de derecho sexto), sin que esta Sala deba volver a realizar una nueva valoración de las mismas y sin perjuicio de que la fijación de la pensión por alimentos, como cualquier medida definitiva, queda sujeta a una posible revisión en el caso de alteración de las circunstancias concurrentes.

QUINTO.- El recurso de casación se formula por infracción del artículo 92 CC y especialmente por la vulneración de la doctrina jurisprudencial relativa a la protección del interés de los menores en relación con la guarda y custodia compartida.

Como afirma la parte recurrente, esta Sala ha insistido en hacer prevalecer el interés superior de los menores a la hora de decidir, entre otras cuestiones, sobre el establecimiento de la custodia compartida en el caso de cese de la convivencia de los progenitores.

En este sentido cabe citar numerosas sentencias, entre ellas las mencionadas por el recurso, y como más recientes las número 133/2016, de 4 marzo ; 138/2016, de 9 marzo y 172/2016 , de 17 marzo. En concreto esta última reitera 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».

A continuación añade:

«Se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos».

Sentado lo anterior, no cabe imputar a la sentencia recurrida que haya desconocido la prevalencia de la consideración del interés de los menores a la hora de decidir sobre el establecimiento de la custodia compartida por parte de ambos progenitores o atribuirla a uno de ellos; en este caso a la esposa. Reiteradamente la sentencia hace referencia a dicho interés y a la necesidad de resolver teniendo en cuenta el mismo.

Lo que sí puede ocurrir - y, de hecho, sucede en éste y en otros muchos casos- es que el progenitor que solicita compartir la guarda y custodia, siendo rechazada su pretensión mediante la atribución al otro de tal función, no esté de acuerdo con los criterios aplicados por el tribunal a la hora de valorar dicho interés superior y considera que ello le habilita para alegar la existencia de interés casacional.

Pues bien, en el caso presente, en que incluso el Ministerio Fiscal se muestra contrario a la estimación del recurso y propugna el mantenimiento de la guarda y custodia para la madre, la Audiencia ha aducido varias razones que -aunque aisladamente pudieran considerarse insuficientes para excluir la custodia compartida- en su conjunto llevan a considerar que lo más favorable a los menores es el mantenimiento de la situación actual de guarda y custodia de la madre.

Buena prueba de que la sentencia impugnada atiende preferentemente al interés de los menores es su afirmación (fundamento de derecho segundo) de que:

«se hace preciso decidir la cuestión suscitada atendiendo a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente elementos tales como las necesidades de atención, de cariño, de alimentación, de educación, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo».

Razona a continuación en el sentido de que las razones en las que se funda el recurrente no son suficientes para alterar la resolución de primera instancia, teniendo en cuenta que los menores Ezequiel y Marcos, desde la ruptura matrimonial, han permanecido en el entorno materno ocupándose desde entonces la madre adecuadamente de los menores, prodigándoles cuantas atenciones y cuidados cotidianos de todo tipo precisan, en condiciones que no permiten detectar carencias significativas de manera que los niños -de tan corta edad- viven satisfactoriamente.

Añade a continuación que, sin que se dude de la idoneidad de ambos progenitores, el padre no ha acreditado la inexistencia de riesgo de que el cambio afecte negativamente a la estabilidad de que hoy gozan los menores en el entorno de la madre, y dice:

«del conjunto probatorio obrante en autos se evidencia que la madre ha sido cuidadora principal de los hijos, no siendo sino a raíz de la ruptura y en coincidencia con la interpelación judicial, cuando el progenitor comienza a mostrar mayor interés por la prole, hecho este que sin más, no nos determina a acceder a su pretensión, teniendo en consideración que omite descripción de proyecto viable de custodia, puesto que en el propio interrogatorio practicado en dicha vista, se limitó él a verbalizar la mera disponibilidad horaria y la intención de



fijar el domicilio en las proximidades del centro escolar en el que vienen matriculados los niños, sin expresar nada en orden a pautas educativas, a cuidados cotidianos, a organización sanitaria...etc.»

En definitiva no cabe sostener que la Audiencia no haya protegido el interés de los menores a la hora de decidir sobre su guarda y custodia, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- La desestimación de ambos recursos conlleva la condena a la parte recurrente al pago de las costas causadas por los mismos (artículos 394 y 398 LEC) con pérdida de los depósitos constituidos.

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

ha decidido

1.º Desestimar el recurso por infracción procesal y el recurso de casación formulado por la representación de don Eloy contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 22ª) de 21 de abril de 2015 en Rollo de Apelación nº 777/2014, dimanante de autos de divorcio nº 42/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 85 de Madrid, seguidos a instancia del hoy recurrente contra doña Milagros . 2.º Confirmar la sentencia recurrida. 3.º Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por ambos recursos con pérdida de los depósitos constituidos.

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

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