

Roj: STS 5873/2011
Id Cendoj: 28079110012011100597
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1965/2009
Nº de Resolución: 659/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Octubre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, por **D. Cayetano**, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. María de las Mercedes Rodríguez Puyol, contra la Sentencia dictada, el día 29 de septiembre de 2006, por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 1330/2008, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcalá de Henares, en los autos de divorcio nº 186/2006. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª. MARÍA DE LAS MERCEDES RODRÍGUEZ PUYOL, en nombre y representación de D. Cayetano, en calidad de parte **recurrente**. La Procuradora Dª ELOISA PRIETO PALOMEQUE, en nombre y representación de Dª Irene, en calidad de parte **recurrida**. Es interviniente el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Alcalá de Henares, interpuso demanda de divorcio Dª Irene, contra D. Cayetano. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... se dicte sentencia por la que declare disuelto por divorcio el matrimonio formado por D. Cayetano y Dª Irene, cuya sentencia deberá de confirmar las medidas actualmente vigentes a excepción de las correspondientes al régimen de visitas que quedará estipulado en fines de semana alternos sábado y domingo desde las diez a la veinte horas ambos días, si bien el menor siempre pernoctará en el domicilio materno al menos hasta que se acredite la idoneidad del lugar, medio y condiciones para el desarrollo de las visitas así como aptitud y capacidad del Sr. Cayetano para atender y cuidar del menor"*.

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados el demandado y el Ministerio Fiscal, presentando escrito la representación de D. Cayetano, contestando a la demanda y formulando demanda reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"...dicte Sentencia por la que se declare el divorcio modificándose las medidas dictadas en Sentencia de separación, en los siguientes extremos:*

a) PATRIA POTESTAD

El hijo del matrimonio Don Florentino, continuará bajo la patria potestad compartida de ambos progenitores, quienes la ejercerán de modo conjunto y en beneficio del mismo, obligándose los cónyuges o adoptar de mutuo acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten al mismo, de modo especial, las relativas a lo salud y la formación del menor.

b) GUARDA Y CUSTODIA

Esta parte solicita la guarda y custodia para el padre, debido a los supuestos inconvenientes que le está creando o la madre el hecho de tenerlo ella y de forma subsidiaria a partir de Septiembre de este año 2007, solicitamos que sea la guarda y custodia del menor D. Florentino compartido, pasando al padre, sin perjuicio del derecho de comunicaciones, visitas y estancias con el otro progenitor, a las que ya se hará alusión en el punto siguiente, pero en los años sucesivos se atribuirá la GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA de año

escolar por año escolar, esto es, este año escolar lo tendrá la madre, teniendo la guarda y custodia a partir de septiembre de 2007 el padre, en el 2008 la madre y así sucesivamente.

c) REGIMEN DE VISITAS

Esta parte quiere establecer un régimen de visitas lo mas exhaustivo posible para evitar los problemas que se han tenido hasta el momento por ello, se establece el siguiente:

- Vacaciones escolares, Las vacaciones de Semana Santa al ser tan cortas se propone que el niño las pase enteras cada año con la persona que no tenga la guarda y custodia en ese año, también serán considerados los fines de semana y días no lectivos que van unidos a vacaciones como vacaciones, como así es en la práctica.

- Fines de semana: El progenitor no custodio podrá tener consigo los dos últimos días de libranza, tal y como está establecido hasta ahora, recogiendo a la salida del Colegio los días lectivos o en el domicilio paterno o materno según el año, a las 18:00 horas del viernes si correspondiera los dos últimos días a sábado y domingo que en tal caso se adelantará al viernes con el fin de que el progenitor disfrute lo más posible del menor y no pase tan solo 24 horas con él y devolviéndolo a las 20 horas al domicilio de la madre o el de la madre.

- Períodos vacacionales estivales: El hijo menor de ambos pasará sus vacaciones escolares por mitad, un progenitor lo tendrá desde el 15 de Junio (o desde el día que acabe el curso) al 1 de Agosto y el otro desde el 1 de Agosto al 15 de Septiembre (o inicio del Colegio). La recogida del niño será a la salida de la última clase obligatoria y la entrega será el día anterior al comienzo del curso, tanto en vacaciones de verano, como de Navidad, eligiendo el padre durante los años impares y la madre durante los años pares.

El mes que se elija deberá ser preavisado con una antelación mínima de un mes. El menor será recogido del domicilio del padre y devuelto al mismo por la propia madre y no por terceras personas y viceversa.

- Períodos vacacionales de Navidad: El hijo pasará desde el día siguiente a terminar el Colegio a las 10:00 horas hasta las 20:00 horas del 30 de diciembre con uno de los cónyuges y desde la precitada fecha hasta el día 6 de enero o las 20:00 horas con el otro cónyuge. La elección del período la realizará el cónyuge que no haya elegido el mes de vacaciones estivales. El menor será recogido del domicilio del padre y devuelto al mismo por la propia madre y no por terceras personas y viceversa.

- Respecto de los llamados "puentes", se disfrutarán por mitad, eligiendo el padre durante los años impares y la madre durante los años pares.

- Solicitamos asimismo que, en la medida de lo posible el Día del padre D. Florentino lo pase con el padre y día de la madre con la madre.

- Visitas en el propio domicilio del cónyuge que ostente la custodia casos tales como enfermedad del niño etc.

- Derecho del niño a estar presente en acontecimientos **familiares**, onomásticas, bautizos, bodas, comuniones y sucesos imprevistos dentro de la familia, siempre que así sea posible, poniendo todo de su parte ambos progenitores.

- Derecho de comunicarse telefónicamente y obligación de comunicarse todo lo relacionado con el niño, seguimiento de datos académicos, comunicaciones de enfermedad etc.

En todos estos días que el niño irá con el progenitor no custodio este último tendrá la obligación de entregar al otro progenitor todo lo relacionado con el niño: enseres, ropa, juguetes, material escolar, cartilla médica etc

Ambos progenitores se comprometen a facilitar el lugar y ubicación del inmueble y número de teléfono de disfrute vacacional, asimismo se comprometen a permitir que el hijo mantenga contacto telefónico con su progenitor, pudiendo ir a visitarle.

d) PENSION ALIMENTARIA

Se solicita mediante la presente demanda que se mantenga en la cantidad estipulada.

La pensión alimenticia será abonada por el progenitor no custodio durante los once meses, no teniendo la obligación de pasar pensión en el mes y medio de vacaciones escolares de verano.

Sin perjuicio de que el progenitor no custodio seguirá sufragando el cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida del menor.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada, si se opusiere a la presente demanda".

El Ministerio Fiscal, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 15 de mayo de 2008 y con la siguiente parte dispositiva: *"Que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Julia Raquel Vadillo Ortega, y la demanda reconvenicional interpuesta por la Procuradora Dña Sara López López, debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio celebrado en fecha 18 de noviembre de 2000 por Dña. Irene y D. Cayetano , con disolución de la sociedad legal de gananciales, sin perjuicio de su liquidación en el procedimiento que corresponda, y estableciendo las siguientes medidas reguladoras definitivas:*

-Se atribuye a Dña. Irene la guarda y custodia del hijo menor de edad Florentino , con ejercicio de la patria potestad conjunto por ambos progenitores.

-Se atribuye a D. Cayetano un régimen de visitas comprensivo de: fines de semana alternos, los sábados y los domingos, entre las 10:00 y las 20:00 horas, sin pernocta, recogiendo y reintegrando al niño en el domicilio de su madre; un mes completo durante las vacaciones escolares del menor, entendiéndose por tales los meses de julio y agosto, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares; vacaciones de Semana Santa completas en años alternos, correspondiendo a la madre los años pares y al padre los impares; mitad de vacaciones de Navidad, que se dividen a estos efectos en dos períodos, siendo el primero entre las 10:00 horas del día siguiente a la finalización de las clases y las 20:00 horas del día de Noche Vieja, y el segundo entre este momento y las 20:00 horas del día de Reyes, y correspondiendo en años pares a la madre el primer período y al padre el segundo, y a la inversa en años impares. Los llamados "puentes" se unirán al fin de semana correspondiente. El día del cumpleaños de Florentino , con independencia de a qué progenitor le corresponda tenerlo en su compañía, el otro podrá pasar con él el período comprendido entre las 17:00 y las 20:00 horas, recogiénolo y reintegrándolo en el domicilio materno en su caso. El mismo régimen se aplicará los días de cumpleaños del padre y de la madre. El menor podrá estar presente en acontecimientos familiares, tales como bautizos, bodas, comuniones, etc., tanto de la familia materna como paterna, debiendo ambos progenitores comunicárselo mutuamente con la debida antelación, y facilitar la asistencia del niño a tales actos.

Siempre que el menor abandone el domicilio de su madre para pasar el fin de semana, o bien las vacaciones, con su padre, habrá de ir provisto de todo lo necesario para su estancia, incluyendo ropas, juguetes y demás enseres.

El progenitor a quien no corresponda tener a Florentino en su compañía podrá comunicarse con él telefónicamente, siempre prestando atención a los horarios y circunstancias del menor. Así mismo, ambos progenitores habrán de comunicarse mutuamente las enfermedades del niño, y permitir que éste mantenga un contacto fluido con el no custodio, facilitando sus visitas.

-D. Cayetano abonará la pensión alimenticia actualmente vigente a favor de su hijo, durante once meses al año, quedando exento de su pago en el mes de vacaciones de verano que tenga al menor en su compañía. Dicha suma será actualizada a fecha 1 de enero de cada año por aplicación del IPC o índice similar.

-Cada progenitor abonará el 50% de los gastos extraordinarios del menor, debidamente acreditados y justificados.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recursos de apelación D. Cayetano y D^a Irene . Sustanciada la apelación, la Sección 22^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 21 de julio de 2009 , con el siguiente fallo: *" Que estimando el recurso de apelación formulado por Doña Irene y estimando en parte el recurso de apelación formulado por Don Cayetano contra la Sentencia dictada en fecha 15 de mayo de 2008, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Alcalá de Henares , en autos de divorcio seguidos, bajo el nº 186/06, entre dichos litigantes, debemos revocar y revocamos parcialmente la resolución impugnada, en el sentido de disponer que se amplían las visitas a la pernocta del fin de semana*

correspondiente siempre y cuando queden acreditadas las condiciones de habitabilidad del alojamiento, previo informe del correspondiente trabajador social o en su caso de los servicios sociales de zona, debiendo dividir los períodos estivales (vacaciones de verano) y de Navidad por la mitad, correspondiendo la mitad de dichos períodos a cada uno de los progenitores que elegirán conforme se dispone en la sentencia apelada; y disponiendo además que los alimentos se abonarán en 12 meses al año. No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en la presente alzada".

TERCERO. Anunciado recurso de casación y extraordinario por infracción procesal por D. Cayetano , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de Instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora D^a M^a Dolores de Haro Martínez, interpuso el *recurso extraordinario por infracción procesal* al amparo del *art. 469.1.2 de la LEC* , articulándolo en los siguientes motivos:

1.- Falta de motivación de la desestimación de la guarda y custodia compartida por no fundamentarse en preceptos legales y ser los argumentos incompletos.

2.- Errónea valoración de la prueba.

3.- Falta de motivación en la sentencia recurrida.

El recurso de casación se interpuso al amparo del *art. 477.2.3º de la LEC* , articulándolo en los siguientes motivos:

1.- Apartado A) Existir jurisprudencia contradictoria en relación con los *arts. 92.1 y 8 del CC* .

Apartado B) Sobre la idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores.

Apartado C) Sobre la excepcionalidad o generalidad del sistema de custodia compartida en la resolución de los conflictos sobre guarda de menores.

Por resolución de fecha 21 de diciembre de 2009, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora D^a. MARÍA DE LAS MERCEDES RODRÍGUEZ PUYOL, en nombre y representación de D. Cayetano , en calidad de parte **recurrente** . La Procuradora D^a ELOISA PRIETO PALOMEQUE, en nombre y representación de D^a Irene , en calidad de parte **recurrida** . Es interviniente el Ministerio Fiscal.

Admitidos los recursos por auto de fecha 18/05/2010 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a. Eloisa Prieto Palomeque, en nombre y representación de D^a Irene , impugnó los mismos, solicitando se declarase no haber lugar al recurso. Asimismo el Ministerio Fiscal presentó escrito solicitando la estimación de los recursos.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el catorce de septiembre de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnación Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D^a Irene y D. Cayetano contrajeron matrimonio el 18 noviembre 2000. Tuvieron un único hijo, Florentino , el 27 agosto 2001.

2º En febrero de 2003 se acordó la separación judicial de ambos cónyuges y el 22 julio 2005 se dictó un auto en procedimiento de modificación de medidas en el que se acordaron medidas provisionales, en las que se atribuyó la guarda y custodia a la madre. El padre D. Cayetano fue destinado a León, como funcionario de prisiones, mientras que la madre seguía viviendo en Alcalá de Henares.

3º En su demanda, la madre, D^a Irene , pidió que se confirmaran las medidas acordadas en lo relativo a la guarda y custodia de su hijo; respecto al régimen de visitas pidió que no se acordara la pernocta del hijo en la casa del padre hasta que no se acreditara la idoneidad del lugar, medio y condiciones donde tenían lugar las visitas, así como la capacidad y aptitud del demandado. Éste pidió que se le atribuyera la guarda y custodia exclusiva y subsidiariamente, la guarda compartida por periodos del año escolar.

Los informes psicosociales de la psicóloga adscrita al TSJ Madrid mantienen que la familia constituye un núcleo **familiar** desestructurado, que es conveniente que el menor conviva con la madre debido a su corta edad y que ambos progenitores deberían acudir a un centro de **mediación familiar**.

El Fiscal informó pidiendo que se atribuyera la guarda y custodia a la madre.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Alcalá de Henares, de 15 mayo 2008 , acordó el divorcio, la guarda y custodia a favor de la madre y un amplio régimen de visitas a favor del padre. Las razones para atribuir la guarda a la madre, son: a) el informe psicosocial elaborado por el equipo de los juzgados en 20 diciembre 2007, señaló que *"no existe comunicación entre los progenitores más allá de las continuas denuncias que ambos formulan; las decisiones importantes sobre la educación de Florentino son tomadas unilateralmente por la madre, y los padres no se ponen de acuerdo ni siquiera en el tema de las actividades extraescolares de Florentino , hasta el punto que el padre no le lleva a dichas actividades cuando lo tiene en su compañía, porque al no haber tomado parte en la decisión de llevar al niño a las mismas no les da suficiente importancia; Florentino está escolarizado desde el comienzo de su vida escolar en el mismo colegio; está habituado a mentir y manipular, que a su vez ha sido manipulado y utilizado como mensajero por ambos progenitores"* . El informe acababa sin pronunciarse a favor de ninguno de los padres; b) El Fiscal había pedido que se atribuyera la guarda a la madre; c) se consideraba no adecuado establecer un régimen de custodia compartida ni por años escolares ni por periodos más cortos, *"en atención a las pésimas relaciones existentes entre los progenitores y al modo como éstas influyen en la personalidad del hijo"*; d) se consideraba más favorable un régimen de estabilidad de vivienda, colegio y entorno, puesto que el propuesto por el padre *"implicaría, como su propio informe pericial afirma, un factor de riesgo para Florentino "* ; además el horario laboral del padre obligaría al hijo a pasar más tiempo con terceras personas, *lo cual no es aconsejable aun cuando pudiera tratarse de familiares[...]"* .

5º Apeló el padre. La SAP de Madrid, sección 22, de 21 julio 2009 , desestimó el recurso. Los argumentos de la sentencia ahora recurrida se fundan en los informes que figuran en el procedimiento, concretamente, uno del año 2003, otro de 2005 y finalmente, otro de 2007. La SAP fija los criterios en que debe basarse la sentencia para acordar o no la guarda compartida. Dice: a) *"[...].La resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida 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 los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc."* ; b) *"En efecto, cabe paliar, compensar o desvirtuar, la disfunción o alteración del marco vital del menor, que supone la alternancia periódica de entornos, hábitos, horarios o detalles mínimos y cotidianos de la vida doméstica, en aquellos supuestos de responsabilidad máxima de los padres que proyectando de acuerdo y conjuntamente el desenvolvimiento de la vida del hijo en común, se relacionan en condiciones tales de confianza y entendimiento, que permiten un marco referencial de afinidad, para el hijo, presupuesto básico inexistente, en el conflicto y relación contradictoria resuelta en la contienda judicial, lo que hace decaer la pretensión apelante, en los términos solicitados, al pretenderse en la contestación a la demanda períodos alternativos de cursos escolares, lo que determina en este punto la confirmación de la sentencia recurrida"*, y c) finalmente, *"Es claro que tal clima de enfrentamiento impide establecer en los términos señalados una custodia compartida tal y como se propugna, no existiendo por otra parte razones que aconsejen un cambio en la medida solicitada, habida cuenta los antecedentes del caso, la propia sentencia de mutuo acuerdo establecido por las partes en el que se otorgaba la custodia a la madre, y valorando especialmente, que en modo alguno ha quedado acreditado, en los términos que exige el artículo 217 de la LEC que custodia paterna sea una opción más beneficiosa o favorable para el desarrollo armónico y estable del menor, razones todas que en su conjunta valoración conducen a confirmar la sentencia recurrida y a desestimar este motivo de apelación"*.

6º. Recurre D. Cayetano . Interpone los recursos extraordinario por infracción procesal y casación. Ambos fueron admitidos por el auto de esta Sala de 18 mayo 2010 .

La madre, Dª Irene , se opone a los recursos.

El Ministerio Fiscal apoya la estimación de ambos recursos.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO. La LEC (disp. Final 16.6º) establece que cuando se admitieran los recursos presentados, el Tribunal resolverá siempre en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal y ello aunque se interponga primero el de casación. Este es el caso del presente recurso, que altera el orden y por ello, esta Sala examinará en primer lugar el recurso extraordinario por infracción procesal.

El recurso se halla dividido en tres motivos: *El primero* atribuye a la sentencia recurrida la falta de motivación de la desestimación de la guarda y custodia compartida, porque no se fundamenta en preceptos legales y los argumentos son incompletos, inapropiados y se oponen a la jurisprudencia dictada en supuestos similares. *El segundo* le imputa una errónea valoración de la prueba, porque se otorga importancia a informes psicosociales anteriores al año 2009 y estos tenían vigencia en el momento de emitirse, pero no en años posteriores y no se hace referencia a informes periciales posteriores a 2005. Y el *tercero* repite que la SAP de 21 julio 2009 no está correctamente motivada.

Los tres motivos del recurso extraordinario por infracción judicial se desestiman.

Los argumentos para la desestimación son los siguientes:

1º El principal error que se atribuye a la sentencia recurrida consiste en la falta de motivación. Ante todo, debe decirse que la STS 623/2009, de 8 octubre contenía el siguiente razonamiento, que ahora se reproduce y se incorpora a esta sentencia: *"La motivación de las sentencias es una exigencia constitucional establecida en el Art. 120.3 CE . Desde el punto de vista constitucional, el deber de motivación es inherente al ejercicio de la función jurisdiccional y forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, porque está prohibida la arbitrariedad del juez y la forma de controlar la razonabilidad de las decisiones se efectúa por medio de la motivación, y todo ello para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (STS 14 abril 1999). La respuesta a las peticiones formuladas en la demanda no debe ser ni extensa ni pormenorizada, pero sí debe estar argumentada en derecho, puesto que el juez no puede decidir según su leal saber y entender, sino mediante el recurso al sistema de fuentes establecido, tal como dispone el Art. 1.7 CC , lo que deriva de la sumisión de los jueces a la ley, establecida en el Art. 117.1 CE . (Asimismo STC 7/2000 , y las SSTS 69/1998 , 39/1997 , 109/1992 , entre muchas otras). Esta Sala ha aplicado esta norma, exigiendo la motivación suficiente, sobre la base del cumplimiento de una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, así como la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (SSTS 5 noviembre 1992 , 20 febrero 1993 , 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003 , entre muchas otras). La obligación de motivación de las sentencias está recogida en el Art. 218 LEC, cuyo párrafo 2 establece que "las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho" y todo ello, "ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón".*

Aplicando estos argumentos al presente recurso, debe concluirse que la sentencia recurrida contiene una motivación que va más allá de la mera argumentación, porque contiene una valoración de la prueba, que adapta a las circunstancias del supuesto planteado, como puede comprobarse del extracto de los razonamientos resumidos en el FJ 1º de esta sentencia. Se analiza el supuesto de hecho, de acuerdo con la norma aplicable que aunque no se cite directamente, el recurrente conoce, y establece expresamente las causas que concurren y que impiden acceder a la petición del recurrente respecto a la guarda y custodia compartida. Con esta argumentación se da respuesta a los motivos primero y tercero del recurso por infracción procesal.

2º Respecto a la acusación referente a la errónea valoración de la prueba, una lectura atenta del recurso lleva a concluir que en realidad el recurrente está confundiendo este defecto con el del tipo de documentos que se utilizaron por la sala sentenciadora para llegar a las conclusiones a que llegó. Y llegados a este punto, también una lectura atenta de la decisión recurrida lleva a concluir que se han utilizado informes posteriores a los que el demandado no alude, dejando aparte que no había otros en el procedimiento. Los que figuran están valorados correctamente, no incurre la sala en ninguna arbitrariedad ni sus conclusiones son ilógicas, lo que comporta la desestimación del segundo motivo.

II. RECURSO DE CASACIÓN.

TERCERO. El recurso de casación se plantea aparentemente en un único motivo, con diversos apartados y se formula por presentar, según el recurrente, interés casacional. Se van a examinar conjuntamente los submotivos.

El primer submotivo se identifica en el apartado A) y se fundamenta en el art. 477.2,3 LEC , por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación al art 92.1 y 8 CC , en lo que afecta a la identidad entre cada punto resuelto en la sentencia recurrida y la jurisprudencia contradictoria que se invoca. La argumentación se centra en la comparación de las decisiones de las Audiencias Provinciales en tres puntos: 1º) la compatibilidad o no del sistema de guarda compartida con el ordenamiento jurídico español, con cita de dos sentencias de la AP de Madrid que entienden que la guarda compartida es incompatible con el ordenamiento jurídico; 2º) sobre la idoneidad o inidoneidad genérica del sistema de custodia compartida para la mejor protección del supremo interés de los menores, y 3º) sobre la excepcionalidad o generalidad del sistema de custodia compartida en la resolución de los conflictos sobre guarda de menores.

El segundo submotivo se identifica en el apartado B), que se formula con fundamento en el art. 477, 2, 3 LEC por tratarse de una norma de menos de cinco años de vigencia. En un tercer submotivo, dice el recurrente que en el caso presente, la denegación de la guarda compartida se funda en unos informes desfasados, que podían ser aptos en las circunstancias y tiempo en que se emitieron, pero no se pueden extrapolar a otro momento. Dice que en el informe de 2005 se afirma que el clima de conflicto entre los progenitores no favorece al menor, cuando hay sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona que dicen que este tipo de guarda favorece la comunicación. Aun en el caso de que el informe fuera contrario a la guarda y custodia, el juez puede adoptar la decisión que considere más conveniente y resumiendo, entiende que existe una clara contradicción entre la sentencia que se recurre y las que aporta como elemento de comparación de modo que la recurrida entra en contradicción con ellas en lo referente a la guarda compartida, por lo que al no acordarla ocasiona un perjuicio al menor y dicha contradicción significa que deba estimarse el recurso.

Los tres submotivos se desestiman.

CUARTO. En primer lugar debe recordarse aquí en qué consiste el interés casacional cuando se alega por existencia de sentencias contradictorias de las Audiencias Provinciales.

1º. El ATS de 12/07/2011, en recurso 2200/2010 dice: " por lo que respecta a la invocación de interés casacional por doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la segunda alegación[...] , se aprecia que el recurso incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional (art. 483.2, 3º, inciso segundo, de la LEC 2000) . Conviene también recordar que aquí el " interés casacional " consiste en el conflicto jurídico producido por la infracción de una norma sustantiva aplicable al objeto del proceso (que es el motivo del recurso de casación), en contradicción con la doctrina de esta Sala (lo que constituye el presupuesto para el recurso), por lo que es obvio que ese conflicto jurídico debe realmente existir y ser acreditado por la parte, siendo improcedente todo intento de recurso en el que se invoque un " interés casacional " que se manifieste como meramente nominal, artificioso o instrumental, ya que no podría cumplirse el fin del recurso, que es el mantenimiento o el cambio motivado de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Y por lo que respecta a la invocación de interés casacional por doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales en relación con la segunda alegación [...], se aprecia que el recurso incurre en la causa de inadmisión de inexistencia de interés casacional (art. 483.2, 3º, inciso segundo, de la LEC 2000) . O como afirman otros AATS, que se citan a continuación, "lo que constituye «interés casacional» no es la mera diferencia entre la sentencia impugnada y otras resoluciones, sino la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales, que ha dado lugar a esa «jurisprudencia contradictoria» que el legislador trata de evitar[...]" (AATS 6 , 13 , 20 y 27 noviembre y 4 y 18 diciembre 2001 , entre otros muchos).

2º Como ya se ha dicho en la STS 578/2011, de 20 julio , resulta complejo determinar la contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en materia de guarda y custodia compartida cuando, en realidad, éstas están resolviendo sobre el punto concreto planteado y en relación con los informes aportados en los casos de disputa sobre si es o no conveniente la guarda compartida en cada caso concreto. Deciden sobre situaciones fácticas y, por consiguiente, no existe el previo antagonismo a que antes nos referíamos. Las resoluciones no pueden utilizarse como elementos de comparación, por resolver cuestiones de hecho.

3º Dicho lo anterior, debe concluirse que el recurrente no ha demostrado la existencia de contradicción entre las sentencias aportadas, lo que hace ya inadmisibile el recurso de casación.

QUINTO. Además, el recurso incurre en otras causas de rechazo:

1ª En realidad está impugnando la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia. No se insiste en este tema, que ya se ha argumentado en el FJ 2 de esta sentencia, en relación con el recurso por infracción procesal.

2ª Esta Sala ha dictado ya diversas sentencias, estableciendo los criterios que deben regir la decisión judicial en la atribución de la guarda y custodia compartida, sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", utilizada en el *Art. 92.8 CC* , concretamente la STS 579/2011, de 22 julio , cuyo contenido se incorpora por remisión.

3ª Este Tribunal no puede entrar a valorar de nuevo la prueba practicada, sino solo comprobar si se ha decidido teniendo en cuenta el interés del menor, tal como se ha dicho ya en la STS 496/2011, de 22 julio . De lo que se ha argumentado, no se deduce que en la sentencia recurrida se hayan utilizado parámetros distintos, ya que se ha argumentado en base a los informes que figuran en el procedimiento. No hay un único argumento, como afirma en el recurso, sino que se estudian los informes, se contrastan con los parámetros que la propia Audiencia utiliza y se concluye en interés del menor, de forma objetiva.

SEXTO. La desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por la representación procesal de D. Cayetano contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 21 julio 2009 de determina la de su recurso.

Asimismo, la desestimación de los motivos del recurso de casación presentado por la representación procesal D. Cayetano contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 21 julio 2009 de determina la de su recurso.

De acuerdo con el *art. 398.1 LEC* , se imponen al recurrente D. Cayetano , las costas de sus recursos por infracción procesal y casación.

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de D. Cayetano contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, de 21 julio 2009, dictada en el rollo de apelación nº 1330/2008 .

2º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Cayetano contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, de 21 julio 2009, dictada en el rollo de apelación nº 1330/2008 .

3º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

4º Se imponen al recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y casación.

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 .- **Antonio Salas Carceller.-Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnación Roca Trias, 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.