

EDJ 2012/85899

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 19-4-2012, nº 229/2012, rec. 1089/2010
Pte: Roca Trías, Encarnación

Resumen

El TS desestima los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por el demandante contra la sentencia de la AP que revocó en parte la sentencia apelada en lo relativo a la atribución de la guarda y custodia. El Juzgado de primera instancia estimó en parte la demanda y decretó el divorcio de los cónyuges. En el presente caso, el demandante, pidió el divorcio y que se modificaran las medidas acordadas en el convenio regulador y que fueron homologadas en la sentencia de separación. La petición se centra en la atribución de la guarda y custodia de la niña, ya que el padre pidió la guarda exclusiva, con un amplio régimen de visitas a la madre. Considera la Sala que ninguno de los progenitores ha pedido la guarda y custodia compartida y mantiene el criterio de la AP que ante la falta de petición mantuvo el sistema de guarda acordado en el convenio regulador. Tampoco se ha detectado que el interés del menor deba ser protegido mediante la modificación de las medidas por lo que no entrar a examinar el motivo porque faltan los presupuestos exigidos en el art. 92 CC.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.218

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.91 , art.92.5 , art.92.8

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

- Medidas previas y provisionales
 - Medidas a adoptar
 - Guarda y custodia de los hijos menores de edad
- Modificación de medidas
 - Modificación de la atribución de la guarda y custodia
 - Tipos de modificación que pueden solicitarse
 - Solicitud de la guarda y custodia compartida
 - Motivos que pueden aducirse
 - En general
- Modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar
 - A instancias del progenitor que no goza del derecho de uso
 - Motivos que pueden aducirse
 - Constituir su interés el más necesitado de protección
- Procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo
 - El convenio regulador
 - Estipulaciones
 - Contenido mínimo
 - Guarda y custodia
- Relaciones paterno-filiales
 - Guarda y custodia
 - Atribución de la guarda y custodia

Custodia compartida

Concepto, características y modalidades de la custodia compartida

Atribución a uno de los progenitores (custodia en exclusiva)

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa; Desfavorable a: Esposo

Legislación

Cita art.218 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000

Cita art.91, art.92.5, art.92.8 de RD de 24 julio 1889

Cita art.5.1, art.5.2 de Ley C. Valenciana 5/2011 de 1 abril 2011

Cita Ley 15/2005 de 8 julio 2005

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000

Cita art.1.1, art.24.1, art.39.2, art.117 de CE de 27 diciembre 1978

Cita RD de 24 julio 1889

Jurisprudencia

Desestima el recurso interpuesto contra SAP Santa Cruz de Tenerife de 21 septiembre 2009 (J2009/274016)

Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida por STS Sala 1ª de 29 abril 2013 (J2013/58481)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, PROCESO CIVIL - RECURSOS - Casación - Resoluciones recurribles - Interés casacional STS Sala 1ª de 5 octubre 2011 (J2011/224294)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Procedimiento de modificación de medidas - En general, PROCESO CIVIL - RECURSOS - Casación - Resoluciones recurribles - Interés casacional STS Sala 1ª de 22 julio 2011 (J2011/155183)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Custodia compartida, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Procedimiento de modificación de medidas - En general, PROCESO CIVIL - RECURSOS - Casación - Resoluciones recurribles - Interés casacional STS Sala 1ª de 28 septiembre 2009 (J2009/225060)

Consultas

Atribución del uso de la vivienda familiar al padre y al hijo mayor de edad

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de abril de dos mil doce.

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 Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª por D. Carlos José, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª María Corina Melian Carrillo contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y sección, el día 21 de septiembre de 2009, en el rollo de apelación num. 796/2008 EDJ 2009/274016, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Santa Cruz de Tenerife, en los autos de divorcio num. 42/2008. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª Mercedes Blanco Fernández, en nombre y representación de D. Carlos José, personándose en concepto de recurrente. La Procuradora Dª Laura Bande González, en nombre y representación de Dª Trinidad, se personó en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Santa Cruz de Tenerife, interpuso demanda de Divorcio Contencioso D. Carlos José contra Dª Trinidad. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "...se dicte Sentencia en la que se declare la disolución por divorcio del matrimonio formado por D. Carlos José y Doña Trinidad y sean adoptadas como medidas definitivas las solicitadas en el hecho sexto de esta demanda, dejando sin efecto las que obran en el convenio regulador de los efectos de la separación; y firme dicha resolución se comunique la misma al Registro Civil correspondiente para las oportunas anotaciones legales."

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada Dª Trinidad, dictándose con fecha 7 de abril de 2008 resolución y entre otros particulares acuerda tener por precluido el trámite de contestación respecto a dicha demandada.

El Ministerio Fiscal compareció mediante el oportuno escrito alegando en el mismo los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó solicitando: "...se dicte Sentencia conforme al resultado de las pruebas practicadas, estableciéndose en la misma, por los argumentos antes citados, las medidas referentes a la patria potestad, guarda y custodia y alimentos esenciales para los mismos"

Presentado escrito por la representación de la demandada D^a Trinidad contestando a la demanda de divorcio contencioso y oponiéndose a la misma, se dictó providencia con fecha 17 de abril de 2008, acordándose en la misma estar a lo resuelto en providencia de fecha 7 de abril de 2008.

Se convocó a las partes personadas a la celebración de la vista del juicio, y habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue previamente declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia con fecha 28 de julio de 2008 y con la siguiente parte dispositiva: " Que estimando en partela demanda interpuesta por la procuradora D^{ña}. María Corina Melián Carrillo, en nombre y representación de D. Carlos José, contra D^a Trinidad, representada por la procuradora D^{ña}. Cristina Arteaga Acosta, debo decretar y decreto el divorcio de los referidos cónyuges.

Ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad sobre la hija común menor de edad Esther, que convivirá con la madre y con el padre en semanas alternas, compartiendo ambos el cuidado de su hija.

Cada lunes el progenitor que tenga a Esther la dejará en el colegio y el otro progenitor la recogerá a la salida del colegio, hasta el lunes siguiente.

En caso de lunes no lectivo el progenitor que tenga a Esther la llevará al domicilio del otro a las 12:00 horas. Distribución ésta de la convivencia de la menor con los dos progenitores que no se alterará este verano ni en los períodos de vacaciones escolares.

El verano de 2009 y los siguientes la niña pasará con el padre -salvo acuerdo de los progenitores- la primera quincena de julio y la primera quincena de agosto, y con la madre la segunda quincena de julio y la segunda quincena de agosto.

Cada día, entre las 20:15 y las 21:15 horas, el progenitor con quien esté Esther se ocupará de que la niña telefonee al otro progenitor.

En lugar de lo acordado en los pactos sexto a), b) y f) y tercero del convenido regulador aprobado en la sentencia de separación matrimonial, D. Carlos José abonará a la Sra. Trinidad la suma de 400 euros mensuales en concepto de pensión alimenticia para la hija común de ambos, que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe D^a Trinidad y se actualizará anualmente conforme a la evolución del IPC, sin necesidad de reclamación alguna para producirse la actualización.

Y además satisfará el padre las cuotas mensuales de guardería, y del colegio en el que los progenitores decidan por consenso inscribir a la menor, así como los gastos de matrícula, uniforme, y libros y material escolar.

También continuará el Sr. Carlos José abonando la renta y los gastos pactados de la vivienda que ocupa la demandada en Radazul.

Si D^a Trinidad abandonara la vivienda en cuestión, para trasladar su domicilio a S/C de Tenerife, el actor abonará otros 650 euros al mes para cubrir gastos de alojamiento; más 250 euros -esta cantidad sólo hasta diciembre de 2008- para hacer frente a gastos de agua, luz, teléfono...(como se comprometió en el convenio regulador de fecha 17/1/2007).

No se hace imposición a ninguna de las partes de las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D^a Trinidad y D. Carlos José. Sustanciada la apelación, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia, con fecha 21 de septiembre de 2009 EDJ 2009/274016 , con el siguiente fallo:

" 1. Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a Trinidad y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos José, para revocar también parte la sentencia apelada, en el sentido de disponer como medidas derivadas del divorcio todas las medidas contenidas de 14- 2-2007; manteniendo el resto de lo dispuesto por la sentencia recurrida.

2. No hacer imposición expresa de las costas de la alzada".

TERCERO.- D. Carlos José, representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Mercedes Blanco Fernández formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1^a, con fundamento en los siguientes motivos: Respecto del recurso extraordinario por infracción procesal:

Primero: Con fundamento en el número 477.2.3^o LEC EDL 2000/77463 , se formula este primer motivo por infracción del artículo 218.2 LEC EDL 2000/77463 , en relación con el 469.1 2^o, del mismo texto procesal.

Segundo: Incorrecta valoración de la prueba practicada en autos, lo que constituye motivo amparado en el artículo 469.1.2^o, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia.

2.1.- Cauce procesal para la denuncia de la incorrecta valoración probatoria.

2.2.-Manifiesto error en la valoración de la prueba al entender que la sentencia que el informe psicológico no recomendaba la custodia compartida.

2.3.-Error en la valoración de la prueba al asignar la sentencia a la madre la custodia de la menor.

Respecto del Recurso de Casación en base a los siguientes motivos:

Primero: Al amparo del artículo 477.2.3.- de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , se articula este motivo de casación por cuanto la sentencia impugnada, al atribuir a la madre la custodia de la menor vulnera el artículo 92 del Código Civil EDL 1889/1 , en la redacción dada por la Ley 15/2.005, de 8 de julio EDL 2005/83414 .

Segundo: Al amparo del artículo 477.2.3.- de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , se articula este motivo de casación por cuanto la sentencia impugnada, al negar la pretensión de mi mandante de custodia compartida, desconoce que el "bonnun filii" tiene un carácter informador del derecho de familia, con lo que vulnera el principio constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39.2 de la Constitución EDL 1978/3879) y la configuración de la patria potestad como función y derecho-deber (artículo 154 del Código Civil EDL 1889/1).

CUARTO.- Admitidos ambos recursos por auto de fecha 17 de mayo de 2011 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a Laura Bande González, en nombre y representación de D^a Trinidad, impugnó los mismos solicitando su desestimación.

El Ministerio Fiscal presentó escrito apoyando ambos recursos, y solicitando la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación.

QUINTO.- Se señaló como día para votación y fallo del recurso el 21 de marzo de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º D. Carlos José y D^a Trinidad contrajeron matrimonio en 2001. Tuvieron una hija en 2005.

2º En 2007 se separaron por acuerdo mutuo y otorgaron un convenio regulador en el que se atribuyó la guarda y custodia a la madre.

3º En la presente demanda, el padre, D. Carlos José, pidió el divorcio y que se modificaran las medidas acordadas en el convenio regulador y que fueron homologadas en la sentencia de separación. La petición se centra en la atribución de la guarda y custodia de la niña, ya que el padre pidió la guarda exclusiva, con un amplio régimen de visitas a la madre.

D^a Trinidad se opuso a la petición de su marido y pidió que se mantuvieran las medidas acordadas en la sentencia de separación respecto a la guarda y custodia. Formuló reconvenición pidiendo la pensión compensatoria. Esta cuestión no accede a la casación.

4º La sentencia del juzgado de 1ª instancia num. 8 de Sta. Cruz de Tenerife, de 28 julio 2008, decretó el divorcio y estableció un sistema de guarda y custodia compartida, basándose en los informes de los servicios psicosociales obrantes en autos. Argumentó la sentencia que en el procedimiento, la cuestión a resolver era si el interés de la niña se tutelaba mejor con el mantenimiento de la guarda exclusiva de la madre, con un derecho de visitas del padre, o bien debía modificarse lo decretado en la sentencia de separación. Puso de relieve que "el Ministerio Fiscal informó favorablemente la opción de la custodia compartida, pero lo cierto es que el actor y la demandada se inclinaron por reclamar cada uno la custodia de su hija y solo tímidamente la parte demandada manifestó que en su caso no se opondría a la custodia compartida". A la vista de los informes y valorando las pruebas, "(...) ha de acordarse de que ambos progenitores compartan el ejercicio de la patria potestad sobre su hija, modificándose lo resuelto en la sentencia de separación matrimonial en cuanto al tiempo en que la niña debe permanecer al cuidado de uno y de otro progenitor, y estableciendo en su lugar un reparto igualitario del tiempo de convivencia de Esther con su madre y con su padre, al cuidado de uno y otro,(...)"

5º Apelaron ambos litigantes. La SAP de Sta. Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 21 septiembre 2009 EDJ 2009/274016 , revocó la sentencia apelada en lo relativo a la atribución de la guarda y custodia compartida. El recurso de apelación de D^a Trinidad se centró en la atribución de la guarda. Dijo la sentencia recurrida que: a) la guarda y custodia compartida es una medida que debe ser adoptada en interés de la menor; b) debe adoptarse siempre que lo hagan conveniente las circunstancias concurrentes en cada caso; c) debe considerarse en primer lugar que " en los escritos polémicos de las partes cada una interesa la atribución de la custodia para sí, en la vista, el padre reitera esta atribución y la madre en realidad también insiste en que se le atribuya a ella, lo que se reitera en el escrito de interposición del recurso, aunque dijera que no se opone al régimen compartido con condiciones de modo que ni siquiera puede afirmarse que dicho régimen haya sido instado por una de las partes"; d) no puede decirse que se cumplan los requisitos establecidos en el art. 92.8 CC EDL 1889/1 ; e) de los informes en los que se basa la sentencia recurrida, debe destacarse que "no es posible aun recomendar una custodia compartida"; f)"(...)la jurisdicción no puede alcanzar a imponer una medida que la propia ley califica de excepcional, y que en definitiva está resultando ineficaz e incluso contraproducente para el adecuado desarrollo y estabilidad de la menor porque la deseada coparentalidad responsable no está siendo posible y la profundización en la vinculación paterna tendrá que hacerse de otra manera", y g) la Sala estima que en la sentencia de separación se valoraron las mismas circunstancias, sin apreciarse incidencia esencial para modificar, pues " no se han acreditado variaciones (...) de carácter sustancial, en particular no se acredita que la atención de la madre a la hija se haya visto afectada negativamente de manera grave, ni que haya proyectado sobre la misma conducta alguna que no sea adecuada".

6º D. Carlos José interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, que fueron admitidos por auto de esta Sala de 17 mayo 2011.

El Fiscal apoya ambos recursos.

Figura la oposición de la parte recurrida.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- Motivo primero. Infracción del art. 218.2 LEC EDL 2000/77463 , por vulneración del deber de motivación de las sentencias. La sentencia recurrida EDJ 2009/274016 no da ninguna razón que justifique el cambio de criterio respecto de la sentencia de 1ª instancia, limitándose a "obviedades como son la potestad discrecional del tribunal; el beneficio al menor, o la inexistencia de causas sobrevenidas, pero sin detallarlas".

El motivo no se estima.

La STS 287/2011, de 14 abril dice que "Como afirma la sentencia de esta Sala núm. 804/2010 de 16 diciembre, la resolución no puede considerarse debidamente motivada cuando resulte imposible conocer las verdaderas razones de su fallo (sentencia de 22 abril 2020) o no resuelva la cuestión verdaderamente planteada (sentencias de 14 abril 1999 y 9 junio 2004). La misma sentencia se refiere a la del Tribunal Constitucional num. 236/2005, de 26 septiembre, que declara lo siguiente:«En relación con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva(art. 24.1 CE EDL 1978/3879) desde la perspectiva de la motivación de las resoluciones judiciales, este Tribunal, en la STC 128/2002, de 3 de junio, FJ 4, resume la doctrina y recuerda que "la exigencia de motivación de las Sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE EDL 1978/3879) y con el carácter vinculante que para Jueces y Magistrados tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE EDL 1978/3879 , párrafos 1y 3)", por ello, prosigue esta misma Sentencia, "la existencia de una motivación adecuada y suficiente, en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto, constituye una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que han llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión - haciendo explícito que ésta corresponde a una determinada interpretación y aplicación de la ley-, permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los Tribunales superiores, y, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (STC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1.) ».

Pues bien, aplicando la doctrina expresada, debe desestimarse el motivo, porque la sentencia EDJ 2009/274016 razona adecuadamente la denegación del régimen compartido de la guarda y custodia, con la correspondiente atribución de la exclusiva teniendo en cuenta diferentes factores:

1º Que no se ha pedido dicho régimen por ninguna de las partes.

2º La valoración de la prueba consistente en los informes emitidos por el gabinete psicosocial adscrito a los juzgados de Familia.

3º Que la medida es excepcional e incluso puede resultar contraproducente para la menor, porque la "deseada coparentalidad" no resulta posible en el momento actual.

4º Que dadas las circunstancias, el único régimen beneficioso para la menor es la guarda exclusiva de la madre.

5º Que al tratarse de modificación de las medidas adoptadas en su momento, no se ha demostrado que haya razones para el cambio ni que vaya a producir beneficios a la menor.

Por tanto, no debe confundirse la existencia de motivación, con la motivación que más se ajuste a los deseos de la parte litigante. La Audiencia provincial ha basado su argumentación denegatoria de la guarda compartida en el beneficio/interés de la hija menor y en la falta de petición por parte de los progenitores, requisito del art. 92 CC EDL 1889/1 , como se verá en el FJ 5 de esta sentencia. Por ello debe concluirse que existe motivación suficiente a los efectos del control de la concurrencia de los requisitos exigidos en el art. 218 LEC. EDL 2000/77463

TERCERO.- Motivo segundo. Incorrecta valoración de la prueba practicada. Se refiere al dictamen o informe psicológico que, según el recurrente, no dice lo que le hace decir el tribunal, por lo que se incurre en un manifiesto error en la valoración de la prueba, ya que lo actuado acredita lo contrario. Se vulnera lo establecido en el art. 348 LEC. EDL 2000/77463 Añade que las partes están conformes con la custodia compartida, el Ministerio Fiscal es favorable y el gabinete psicosocial del propio juzgado como consejo o dictamen, considera que es lo mejor para la niña.

El motivo se desestima.

El tribunal realiza una correcta valoración de la prueba consistente en los informes de los servicios psicosociales del juzgado, que, al tener categoría de informes periciales, deben ser valorados de acuerdo con lo que dispone el art. 348 LEC EDL 2000/77463 (STS 660/2011, de 5 octubre EDJ 2011/224294) y no son vinculantes para el juez. La valoración de la prueba es correcta y el recurrente no puede pretender que se examine de nuevo en casación, porque basándose la sentencia recurrida EDJ 2009/274016 en el interés de la menor, examina las conclusiones de los informes y llega a una conclusión correcta. No se puede imponer la propia interpretación de la prueba pericial y más cuando, como se examinará en la argumentación del recurso de casación, ninguno de los progenitores pidió que se estableciera el régimen de guarda y custodia compartida.

CUARTO.- La desestimación de todos los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal determina la del recurso formulado por la representación procesal de D. Carlos José contra la SAP de Sta. Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 21 septiembre 2009.

De acuerdo con lo establecido en el art. 398.1 LEC EDL 2000/77463 , procede imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente.

Según la DF 16, 6ª LEC EDL 2000/77463 , procede examinar el recurso de casación.

II. RECURSO DE CASACIÓN.

QUINTO.- Motivo primero. Interés casacional en base al art. 477.2, 3 LEC. EDL 2000/77463 Vulneración de norma con menos de cinco años de vigencia, como es el art. 92 CC EDL 1889/1 , en su redacción de 2005. Reproduce los requisitos para que el juez decreta la custodia compartida, que son que sea solicitada por uno solo de los progenitores, que el Ministerio Fiscal se pronuncie de forma favorable y que solo de este modo se proteja el interés del menor. Señala que no se han producido los supuestos en que debe negarse la custodia compartida. Dice que ésta fue solicitada, inicialmente, por ambos cónyuges, por lo que el juez venía obligado a concederla, aunque posteriormente la madre se desdijera solo en la fase de apelación. Con este sistema se protege el interés de los menores.

El motivo se desestima.

El art. 92 CC EDL 1889/1 establece dos posibilidades para que pueda acordarse la guarda y custodia compartida: la primera es la contenida en el párrafo 5, que la atribuye cuando se de la petición conjunta por ambos progenitores. La segunda se contiene en el párrafo 8 de esta misma norma, que permite "excepcionalmente y aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco", acordar este tipo de guarda "a instancia de una de las partes", con los demás requisitos exigidos (sobre la interpretación de la expresión "excepcionalmente", véase la STS 579/2011, de 27 julio EDJ 2011/155183). En ambos casos, un requisito esencial para acordar este régimen es la petición de uno, al menos de los progenitores: si la piden ambos, se aplicará el párrafo quinto, y si la pide uno solo y el juez considera que, a la vista de los informes exigidos en el párrafo octavo, resulta conveniente para el interés del niño, podrá establecerse este sistema de guarda. El Código civil EDL 1889/1 , por tanto, exige siempre la petición de al menos uno de los progenitores, sin la cual no podrá acordarse.

No obsta a lo anterior lo dicho en nuestra sentencia 614/2009, de 28 septiembre EDJ 2009/225060 , porque si bien es cierto que, de acuerdo con lo establecido en el art. 91 CC EDL 1889/1 , el Juez debe tomar las medidas que considere más convenientes en relación a los hijos, en el sistema del Código civil EDL 1889/1 para acordar la guarda y custodia compartida debe concurrir esta petición. Este sistema está también recogido en el art. 80 del Código del Derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo). Ciertamente existen otras soluciones legales, como la contemplada en el art. 5.1 y 2 de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat valenciana EDL 2011/17577, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, pero no es precisamente lo que determina el Código civil EDL 1889/1 .

En consecuencia, dado que ninguno de los progenitores ha pedido la guarda y custodia compartida, como pone de relieve la propia sentencia recurrida en su FJ 2 EDJ 2009/274016 , mal puede haberse infringido el art. 92.5 y 8 CC. EDL 1889/1

SEXTO.- Motivo segundo. Al negar la pretensión del recurrente, la sentencia recurrida EDJ 2009/274016 desconoce que el "bonum filii" tiene un carácter informador del derecho de familia, con lo que vulnera el principio constitucional de protección integral de los hijos, según el art. 39.2 CE EDL 1978/3879 y la configuración de la patria potestad como función y como derecho-deber, de acuerdo con el art. 154 CC. EDL 1889/1

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida EDJ 2009/274016 , después de poner de relieve la falta de petición del régimen de la guarda y custodia compartida, mantuvo el sistema de guarda acordado por las partes en el convenio regulador. En las presentes circunstancias, no se ha detectado que el interés del menor deba ser protegido mediante la modificación de las medidas. No debe entrarse a examinar este motivo porque faltan los presupuestos exigidos en el art. 92 CC EDL 1889/1 , como se ha dicho ya en el anterior FJ.

SÉPTIMO. La desestimación de todos los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Carlos José contra la SAP de Sta Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 21 septiembre 2009 EDJ 2009/274016 , determina la de su recurso.

Procede imponer a la parte recurrente las costas de su recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el art. 398.1 LEC. EDL 2000/77463

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

FALLO

1º Se desestima el recurso extraordinario por infracción procesal formulado por la representación procesal de D. Carlos José contra la SAP de Sta Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 21 septiembre 2009, en el rollo de apelación número 796/2008.

2º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Carlos José contra la SAP de Sta Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 21 septiembre 2009, en el rollo de apelación número 796/2008 EDJ 2009/274016 .

3º No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida EDJ 2009/274016 , que resulta confirmada con este alcance.

4º Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

5º Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de 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.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a Encarnacion 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012012100275