

Roj: STS 4925/2011
Id Cendoj: 28079110012011100492
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 338/2009
Nº de Resolución: 578/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Julio 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 Burgos, sección 2ª por D. Ramón , representado por la Procuradora Dª Claudia Villanueva Martínez, contra la Sentencia dictada, el día 21 de noviembre de 2008 por la referida Audiencia y Sección en el rollo de apelación nº 285/2008 , que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Miranda de Ebro en los autos de juicio verbal de divorcio nº 458/2006. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. José Manuel de Dorremocha Aramburu, en nombre y representación de D. Ramón , en calidad de parte recurrente; asimismo comparece la Procuradora Dª María Luisa Carretero Herranz, en nombre y representación de Dª Camila , en calidad de parte recurrida. Asimismo comparece el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Miranda de Ebro, interpuso demanda de disolución matrimonial por divorcio Dª. Camila , contra D. Ramón , alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: " ... se sirva dictar sentencia dando lugar a la disolución del matrimonio por causa de divorcio, determinándose como medidas o efectos derivados de la misma los siguientes.

1º.- *La disolución del matrimonio por causa de divorcio de los cónyuges doña Camila y D. Ramón .*

2º.- *Guarda y custodia de los menores deberá otorgarse a doña Camila , quedando la patria potestad compartida entre los cónyuges.*

3º.- Régimen de visitas a favor de don Ramón :

a) *visitas el padre podrá visitar y tener en su compañía a sus hijos menores en fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo.*

b) *Estancias: al menos el padre podrá disfrutar de la compañía de sus hijos en los siguientes períodos: las vacaciones de Navidad se dividen en dos períodos, uno que va desde el día siguiente a las vacaciones escolares y que se prolongará hasta las diecisiete horas del día 31 de diciembre y otro que irá desde dicha fecha hasta el día anterior al comienzo de las clases escolares, eligiendo período la madre los años pares y el padre los impares. Semana Santa se divide en dos períodos de la misma duración. El primer período se iniciará a las 18 horas del día en que comiencen las vacaciones escolares, mientras que el segundo período se iniciará a la finalización del anterior y durará hasta el día de la incorporación al colegio de los menores, eligiendo período la madre los años pares y el padre los impares. Respecto a las vacaciones de verano, se dividirán en dos períodos, el primer período durará todo el mes de julio, mientras que el segundo durará el mes de agosto, eligiendo período la madre los años pares y el padre los años impares.*

4º.- Que se adjudique a doña Camila e hijos el uso de la vivienda familiar, mobiliario y ajuar doméstico.

5º.- Pensión de alimentos que don Ramón deberá abonar en concepto de pensión alimenticia para cada uno de sus hijos la cantidad de 350 euros al mes (700 euros mensuales) pagaderos por anticipado durante doce mensualidades al año, cantidad que se actualizará anualmente en función de la variación del IPC.

6º.- Pago de préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar y su vehículo familiar. Que el préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar abonado al 50% por los cónyuges asignándose a la madre, hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, el uso del vehículo familiar.

Y con condena en costas a la parte demandada, si concurrieren las circunstancias previstas en el artículo 394 de la LEC ".

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Ramón los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando : "...se venga dictar sentencia por la que:

1º.- Se decrete la disolución matrimonial por causa de DIVORCIO del matrimonio formado por Ramón y Camila .

2º.- Se atribuya la guarda y custodia compartida de los menores a favor de los dos progenitores o subsidiariamente se establezca a favor del padre, D. Ramón .

3º.- Teniendo en cuenta la edad de los hijos y atendiendo en todo momento al interés de los mismos, se establece en períodos alternos de dos semanas que comenzaran a partir de las 20 horas de los domingos y concluirán a las 20 horas del domingo de la segunda semana siguiente, por lo que deberá entregar a los niños con los elementos y cosas necesarias para su atención.

4º.- Se establezca que exista un régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no tenga a los mismos durante el período en el que los niños estén con el otro progenitor, y respecto de períodos vacacionales:

-Dos días a la semana, martes y jueves de 17 a 20 horas.

Se considera conveniente no establecer pacto alguno respecto de estancias sin fines de semana, puesto que el régimen de guarda y custodia compartida garantiza dicha estancia.

En los períodos vacacionales de verano no se considera necesario por idénticos términos.

En cuanto a las vacaciones de Navidad y Semana Santa, con independencia de que a cada cónyuge le corresponda la guarda y custodia, comporta la suspensión del mismo, estableciéndose dos períodos que comprenderían, el primero desde el inicio de las vacaciones de los menores hasta las 20 horas del día 30 de diciembre de dicho año, y el segundo desde dicho momento al domingo siguiente a Reyes a las 20 horas, reiniciándose así el período ordinario, conforme a lo establecido anteriormente.

Respecto de las vacaciones de Semana Santa, con independencia de que a cada cónyuge le corresponda la guarda y custodia, comportará de igual forma la suspensión estableciéndose por dos períodos que comprenderán, el primero la semana en la que encuentren incluidos los días festivos de Semana Santa propiamente dichos hasta las 20 horas del domingo y el segundo la otra semana vacacional de los niños la cual podrá ser anterior o posterior al primer período en función del calendario escolar, debiendo entregar a los niños a las 20 horas del domingo.

5º.- Alimentos a favor de los hijos del matrimonio. Teniendo en cuenta el establecimiento de una custodia compartida, y que ambos cónyuges tienen sueldos similares, no se considera necesario un establecimiento de cantidad alguna.

SUBSIDIARIAMENTE, y en el supuesto de que S.Sª, no considerara adecuada la guarda y custodia compartida a favor de ambos progenitores, se interesa se dicte Sentencia por la que se establezca la guarda y custodia de ambos hijos a favor del padre, D. Ramón , estableciendo a favor de la madre un régimen de visitas, atendiendo a los informes periciales, al deseo de los menores, e incluso a las propias

manifestaciones de la propia actora en los escritos, donde manifiesta la excelentísima relación del padre con los menores y que sería beneficioso para los niños, acordando la pensión alimenticia a satisfacer por la madre en la cuantía que S.Sª considerara ajustada a derecho y los demás pronunciamientos favorables a favor de los hijos, incluida la atribución a los mismos del uso de la vivienda familiar, junto con los demás pronunciamientos legales oportunos".

Contestada la demanda y practicada la prueba anticipada solicitada, se convocó a las partes y al Ministerio Fiscal a una vista oral, la que se celebró en el día y hora señalado, ratificándose la parte actora en sus pretensiones; por la parte demandada se ratificó, igualmente en sus peticiones y por el Ministerio Fiscal, se interesó la atribución de la guarda y custodia compartida a favor de ambos cónyuges, practicándose en dicho acto la prueba propuesta y previamente declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Miranda de Ebro, dictó Sentencia con fecha 25 de octubre de 2007 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Estimo en parte la demanda formulada por el Procurador Sr. Yela Ruiz en nombre y representación de doña Camila contra don Ramón representado por la Procuradora Sra. Romero Villacian, y declaro haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio que celebraron ambos litigantes en Burgos el 8 de julio de 1994, rigiendo entre ambos las siguientes medidas definitivas:*

1) La atribución del uso del domicilio familiar a la demandante doña Camila , en tanto que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

2) El establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida entre ambos progenitores.

- Se establece en períodos de estancias de cuatro semanas, que comenzarán a partir de las 20 horas de los domingos y concluirán a las 20 horas del domingo de la cuarta semana. El intercambio de los menores se realizará alternativamente en una y otra vivienda debiendo ser el progenitor que inicia la estancia el que los recoja.

- El progenitor que no tenga consigo a los menores durante ese período podrá verles los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas, y en dos fines de semana de los cuatro correspondientes a la estancia, concretamente el primer y tercer fin de semana de cada período, desde las 18.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo.

- En cuanto al período de Navidad, considerando que se trata de unas fechas en que resulta conveniente que los menores puedan estar con ambas partes, se suspenderán las estancias ordinarias, y se fijarán dos períodos a disfrutar por cada uno de los progenitores que comprenderán desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 31 de diciembre a las 20.00 horas y desde éste hasta el día en que se reanude la actividad escolar. Cada año le corresponderá a un progenitor elegir el período, y en caso de desacuerdo, elegirá la madre los años pares y el padre los años impares.

- En cuanto a las vacaciones de Semana Santa se establecerán igualmente dos períodos correspondiendo cada uno de ellos a cada progenitor, eligiendo en caso de desacuerdo la madre los años pares y el padre los impares.

- En igual sentido se dividirán las vacaciones de verano.

En los períodos de vacaciones se suspenderán las estancias ordinarias y las visitas de los miércoles y fines de semana, reanudándose las mismas tras las vacaciones.

La recogida de los menores por el progenitor que corresponda, se realizará en el domicilio en que se encuentren al finalizar cada período.

En el caso de las visitas de fin de semana la entrega y recogida de los menores se hará en el domicilio en que encuentren éstos en cada momento.

3) Cada parte deberá abonar los gastos ocasionados por la vivienda en la que residen.

Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas".

La representación de Dª Camila , presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 8 de enero de 2008, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: *"En atención a lo expuesto DECIDO: Declarar haber lugar a aclarar el punto tercero de la sentencia dictada en el presente*

procedimiento en el siguiente sentido:

Cada parte deberá abonar el pago de hipoteca y/o alquiler y demás gastos por la vivienda en la que reside cada uno, en consecuencia doña Camila habrá de abonar el 100% de las cuotas mensuales de crédito hipotecario, si bien tales sumas se tendrán en cuenta a la hora de liquidar la sociedad de gananciales".

SEGUNDO. *Contra dicha Sentencia y Auto de aclaración interpuso recurso de apelación D^a Camila . Sustanciada la apelación, la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Burgos, dictó sentencia que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "Estimar parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por el Procurador D. Andrés Jalón Pereda en representación de D^a Camila , contra la sentencia de fecha 25 de Octubre de 2007 dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia nº 1 de Miranda de Ebro y, en su consecuencia, se acuerdan los siguientes pronunciamientos:*

1^a.- Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores a la madre: D^a Camila , manteniendo ambos progenitores su plena patria potestad y fijando a favor del padre D. Ramón el siguiente régimen de visitas y relaciones parentales:

- En fines de semana alternos desde la salida del colegio del viernes en función del horario escolar hasta el domingo a las 19 horas. En el caso de que el viernes o el lunes fuera uno o ambos festivos, la recogida se hará el anterior al festivo a la salida del colegio y la entrega se hará el referido festivo posterior a las 19 horas.

- Las vacaciones de Navidad se dividen en dos períodos, uno que corresponderá desde las 19 horas del día del inicio de las vacaciones escolares y que se prolongará hasta las 19 horas del día 31 de Diciembre y otro que irá desde dicha fecha hasta las 19 horas del día anterior al comienzo de las clases escolares, eligiendo período la madre los años pares y el padre los impares.

- La Semana Santa, se divide en dos períodos de la misma duración. El primer período se iniciará a las 19 horas del día en que comiencen las vacaciones escolares y concluirá a las 19 horas del día en que se computen la mitad de las vacaciones escolares, mientras que el segundo período se iniciará a la finalización del anterior y durará hasta las 19 horas del día anterior a la incorporación al colegio de los menores, eligiendo el período la madre los años pares y el padre los impares.

- Respecto a las vacaciones de verano, se dividirán en dos períodos; el primer período durará todo el mes de Julio, mientras que el segundo período durará el mes de Agosto, eligiendo período la madre los años pares y el padre los impares, siendo los días de entrega las 19 horas de día del inicio de cada período establecido y la entrega a las 19 horas del día de su finalización.

- Asimismo, el padre podrá tener en su compañía a sus hijos todos los miércoles de la semana en la que no haya tenido a sus hijos durante el fin de semana anterior desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Asimismo, tendrá a sus hijos el día del cumpleaños de los niños los años pares el padre y los impares la madre y todos los años el día del cumpleaños del padre, salvo que en ambos casos coincida con las visitas establecidas anteriormente.

- La madre deberá entregar a los hijos en la hora y días señalados al padre o a la persona de su familia que de forma expresa designe, en el caso de que por razones laborales no pueda recoger a los menores, con plena colaboración y con los enseres y vestuario necesario de los niños.

2^a.- La vivienda familiar y los muebles y enseres de uso ordinario se atribuyen a los hijos y a la madre custodia.

3^a.- El préstamo hipotecario sobre la vivienda familiar se abonará en la forma que viene acordada en la Sentencia de instancia y Auto aclaratorio.

4^a.- Como contribución del cónyuge no custodio a las necesidades alimenticias de los hijos se fija la cantidad de 250 # por hijo (500 #) mensuales en 12 pagos que se realizarán en la cuenta bancaria que designe la madre y en los tres primeros día de cada mes contados de fecha a fecha desde el día siguiente a la fecha de firmeza de esta resolución que se actualizarán anualmente en función de la variación del IPC. Asimismo el progenitor no custodio abonará la mitad de los gastos extraordinarios de los menores, en particular, los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social, gastos extraordinarios de formación y educación de los menores.

5ª.- *Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada en lo que no queden afectados por esta resolución; y todo ello sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias del proceso".* .

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Ramón contra la Sentencia de apelación la Procuradora de los Tribunales Dª Claudia Villanueva Martínez, lo interpuso ante dicha Audiencia, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción por aplicación indebida, del *art. 92, 8 y 9 del Código Civil* y, al propio tiempo en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la atribución de la guarda y custodia compartida.

Segundo.- Aplicación de una norma jurídica con vigencia inferior a cinco años, cual es, el *art. 92.8 y 9 del Código Civil* , redacción dada por la *Ley 15/05, de 8 de julio, publicada en el BOE de 9 de julio de 2005, núm. 163* .

Por resolución de fecha 12 de febrero de 2009 la Audiencia Provincial acordó la remisión de las actuaciones originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Procurador D. José Manuel de Dorremochea Aramburu, en nombre y representación de D. Ramón , en calidad de parte recurrente; asimismo comparece la Procuradora Dª María Luisa Carretero Herranz, en nombre y representación de Dª Camila , en calidad de parte recurrida. Asimismo comparece el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por Auto de fecha 22 de septiembre de 2009 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación de los motivos interpuestos.

La Procuradora Dª María Luisa Carretero Herranz, en nombre y representación de Dª Camila , impugnó el recurso formulado de contrario, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

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

Ha sido Ponente el Magistrado Excma. Sra. Dª. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º Dª Camila y D. Ramón contrajeron matrimonio el 8 julio 1994. Tuvieron dos hijos que en el momento de presentarse la demanda de divorcio, tenían 5 y 3 años respectivamente.

2º Previamente a la demanda, se habían dictado medidas provisionales, en las que se acordó la guarda y custodia compartida. Estas medidas fueron declaradas nulas, dictándose un nuevo auto en el que se otorgaba la guarda y custodia al padre D. Ramón .

3º En 2007, Dª Camila presentó demanda de divorcio. En ella pidió la guarda y custodia de sus hijos, con un régimen de visitas a favor del padre. El padre, D. Ramón , pidió la guarda y custodia compartida.

4º El Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Miranda de Ebro, en sentencia de 25 octubre 2007 , estableció la guarda y custodia compartida. Señaló que la prueba practicada demostraba: a) que ambos progenitores habían participado hasta aquel momento en el desarrollo de los menores, que se habían encargado por igual de su cuidado; que la relación entre ellos era buena y que ambos estaban plenamente capacitados para continuar con los cuidados diarios a sus hijos y que los horarios de ambos eran flexibles, por lo que podían adaptar sus propias profesiones a las necesidades de los menores; b) el informe psicosocial mostraba que los niños deseaban seguir viviendo con ambos progenitores, que las viviendas estaban próximas y que aun cuando las relaciones actuales no eran buenas, el escollo podía ser superado, pues se refería básicamente a la liquidación de la sociedad de gananciales. Por ello se estableció una guarda y custodia compartida, con una distribución de los tiempos.

5º Apeló Dª Camila . La sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 21 noviembre 2008 , estimó el recurso y atribuyó la guarda y custodia a la madre. Entre los argumentos utilizados por la

Audiencia Provincial para revocar la anterior resolución, se encuentran los siguientes: a) el informe desfavorable del ministerio Fiscal, que solicitó de forma expresa que se atribuyese la guarda y custodia a la madre; b) no concurría interés del menor porque: 1º de la prueba practicada se deducía una mala relación entre los padres desde 2005, con procesos y denuncias penales; 2º aunque existían algunos elementos favorables en el informe psicosocial, el Ministerio Fiscal puso de relieve que dada la edad de los hijos era una *"grandísima equivocación llevar a los niños a ser oídos en primera instancia"*, porque a su edad solo grandes expertos pueden llegar a obtener en este caso *"un testimonio susceptible de consideración"*; 3º no podía desvirtuarse todo ello con el informe pericial porque la perito no había entrevistado a la madre, no había analizado las circunstancias de la coparentalidad, ni las económicas, laborales ni de otro tipo de la familia. Concluyó la sentencia que la guarda y custodia debía ser atribuida a la madre, *"pues dada la edad de los menores cuando se inicia el presente divorcio y en la actualidad es lo más adecuado para su estabilidad y para fijar parámetros convivenciales más estables y sólidos"*, porque además concurrían dos circunstancias de las que se deducía que no se podían aceptar con plenitud la atribución de la guarda compartida: 1ª *"que los niños no permanecieran en el domicilio familiar donde nacieron y tuvieran que rotar y cambiarse entre el domicilio familiar y el nuevo domicilio del padre"*; 2ª *que se privó a la madre de algún tipo de custodia con sus hijos sin haber sido oída"*; a lo que debe unirse una 3ª circunstancia como es que *"el beneficio del menor no se consigue residiendo fuera de su casa y con un cambio y trasiego domiciliario mensual, contrario a su adecuada estabilidad como medio necesario para favorecer su desarrollo personal y educativo"*. Añadió la sentencia que *"[...] los niños debieron de estar en régimen de custodia con la madre y en su casa, y debe reponerse esta situación para que residan de forma estable en su domicilio"*.

6º D. Ramón presenta recurso de casación, con fundamento en el art. 477, 2, 3ª LEC, que fue admitido por auto de esta Sala de 22 septiembre 2009.

Figuran las alegaciones de Dª Camila.

El Ministerio Fiscal ha formulado el preceptivo informe en el que interesa la desestimación de los motivos del recurso porque en este caso, "el interés del menor no se satisface mejor con la guarda y custodia compartida".

SEGUNDO. Motivo primero. Infracción por aplicación indebida, del art. 92.8 y 9 CC, y al propio tiempo, existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, sobre la atribución de la guarda y custodia compartida. Cita unas sentencias favorables a la atribución de la guarda compartida y otras contrarias. Analiza los informes periciales que constan en los autos y el del Ministerio Fiscal en primera instancia de acuerdo con sus propios planteamientos, llegando a concluir que las relaciones entre los progenitores son buenas, que es un derecho de todos los niños lo que denomina "coparentalidad" y que de hecho, los padres se han alternado en este tipo de guarda y custodia.

El primer motivo no se estima

Se procede al análisis de las sentencias aportadas por el recurrente para justificar la discrepancia de las Audiencias Provinciales.

1º A favor de la aceptación de la guarda y custodia compartida, aporta las siguientes sentencias:

SAP de Toledo nº 200/2008, sección 1, de 16 mayo. En ella se dice se establece dicho sistema de guarda "atendiendo al análisis y la valoración de la pericia psicológica de ambos progenitores, en sí mismos considerados y en relación con el menor".

SAP de A Coruña, nº 160/2008, sección 5ª, de 17 abril. Se reconoce la guarda porque la hija que tiene 14 años, tiene suficiente capacidad para decidir.

SAP de Valencia, nº 190/2008, sección 10 de 9 abril. Se otorga "a la vista del informe emitido por el Gabinete Psicotécnico adscrito a los Juzgados de familia".

SAP de A Coruña, nº 351/2007, sección 6ª, de 10 octubre. Se limita a enumerar los hechos del caso.

SAP de Barcelona, nº 102/2007, sección 18, de 20 febrero. Se enuncian los beneficios de la guarda y custodia compartida y la admite "máxime cuando ya se ha llevado a término una alternancia en la guarda de éstos, al haberla ostentado el padre durante 13 meses consecutivos".

STSJC, nº 31/2008, de 5 septiembre.

2º En contra, se aportan las siguientes:

SAP de Baleares, en Maó, nº 278/2008, sección 4ª, de 8 julio . Se dice que no existe constancia de que su instauración actual y de futuro sea la "única" forma de proteger los intereses del menor, porque la relación con el padre también puede conseguirse con un adecuado régimen de visitas.

SAP de Madrid, nº 482/2007, sección 24, de 11 abril . Concede la guarda y custodia a favor del padre de acuerdo con la opinión del informe pericial psicológico.

El estudio de las sentencias aportadas no permite llegar a la conclusión que pretende el recurrente. En todos los casos examinados, excepto en la STSJC 31/2008, las Audiencias Provinciales han decidido sobre una forma u otra de guarda teniendo en cuenta los informes periciales contenidos en el procedimiento. Por tanto, no pueden servir como sentencias de contraste para asegurar que existe doctrina contradictoria entre ellas, porque al contrario, todas deciden teniendo en cuenta el interés del menor a la vista de los informes preceptivos según dispone el *Art. 92. CC* . En definitiva, las sentencias que aporta son un pretexto para poder presentar el recurso, ya que cada una decide según las circunstancias de los casos planteados., teniendo en cuenta un argumento común para resolver la situación de hecho.

TERCERO. Eliminado el interés casacional que no concurre con el planteamiento realizado, el recurso contiene un análisis de la prueba discrepante de la sentencia recurrida, como se demuestra en los argumentos del propio recurso. No denuncia que se haya aplicado un criterio u otro, o que el aplicado no sea un criterio objetivo, sino que se limite a valorar de una forma subjetiva el supuesto planteado y de acuerdo con sus propias tesis e insiste en que se ha valorado la prueba en su contra. Esta Sala solo puede entrar a examinar si el criterio aplicado para acordar o no la guarda compartida es un criterio jurídico (STS 614/2009, de 28 septiembre). En este caso, la resolución resulta amparada por los informes psicosociales en los que la Sala no puede entrar, porque se trata de una cuestión de hecho, que no puede ser revisada en casación. En la STS 252/2011, de 7 abril , se dijo que *"En la apreciación de los elementos que van a permitir al juez adoptar la medida de la guarda y custodia compartida, cuando no exista acuerdo de los progenitores, tienen una importancia decisiva los informes técnicos que el Juez puede pedir de acuerdo con lo que dispone el art. 92.9 CC . En el caso de que figuren estos informes, el juez debe valorarlos para formarse su opinión sobre la conveniencia o no de que se adopte esta medida, o bien cualquier otra siempre en beneficio del menor, como ha venido recordando esta Sala en sentencias de 1 y 8 octubre y 11 marzo 2010 y 28 septiembre 2009 "*, argumentación que debe ser aplicada al presente recurso.

Los criterios utilizados por la sentencia recurrida responden a las valoraciones efectuadas en los informes que se emitieron al haberse pedido que se acordase la medida de la guarda compartida. El recurrente pretende que se valore de nuevo esta prueba, cuando quien debe efectuarlo es el juzgador de instancia y solo tendrán acceso a este Tribunal por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. Lo que pretende el recurrente cae de lleno en el vicio casacional de hacer supuesto de la cuestión y se desvía, por tanto, del interés casacional, que llega a interpretar como "interés propio".

De todos modos, es conveniente recordar que en esta materia, las decisiones judiciales pueden ser modificadas mediante el procedimiento de modificación de medidas, siempre que las nuevas circunstancias sean favorables al interés del menor.

CUARTO. Motivo segundo . Se aplica una norma con vigencia inferior a los cinco años antes de la presentación del recurso y dado que en el momento en que se interpone, no hay jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sigue insistiendo el recurrente en la valoración de los informes periciales; que el criterio del Ministerio Fiscal ha sido confuso y que el informe desfavorable del Fiscal no puede ser determinante de la negativa a la guarda y custodia compartida.

El motivo se desestima .

Debe entenderse incorporado en la argumentación de este motivo lo dicho en el anterior fundamento.

QUINTO. La desestimación de los dos motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Ramón contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 21 noviembre 2008 , determina la de su recurso de casación.

Se imponen al recurrente las costas de su recurso de casación, de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 398.1 LEC* .

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Ramón contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2ª, de 21 noviembre 2008, dictada en el rollo de apelación nº 285/08 .

2º Se confirma con este alcance la sentencia recurrida.

3º Se imponen las costas del recurso de casación al recurrente.

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 .- Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .-Antonio Salas Carceller .- Encarnacion Roca Trias.- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. 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.