

Roj: STS 3890/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3890
Id Cendoj: 28079110012015100509
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1537/2014
Nº de Resolución: 530/2015
Procedimiento: CIVIL
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de D. Raúl , contra la sentencia dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Gijón, el día 9 de julio de 2013, en el rollo de apelación nº 33/2013, dimanante de los autos de juicio sobre separación contenciosa nº 732/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Gijón. Han comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente D. Raúl , representado ante esta Sala por el procurador D. José Ignacio de Noriega Arquer. Ha comparecido en calidad de parte recurrida Dª Begoña , representada por el procurador D. Raúl Sánchez Vicente.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia.

1. La Procuradora de los Tribunales doña Ana Isabel de Castro Maldonado, en nombre y representación de Dª Begoña , formuló demanda de separación, contra don Raúl . En el suplico de la demanda suplicaba al Juzgado dictase Sentencia por la que:

«[...] Se declare la separación del matrimonio contraído por Dª Begoña con los efectos que le son propios, y acordando como medidas definitivas las indicadas en el fundamento de derecho VIII de esta demanda o las que S.Sª considere adecuadas a la vista de la prueba practicada ».

2. El Fiscal en escrito de fecha 21 de diciembre de 2011 contestó a la demanda en el que interesó se dicte sentencia por la que:

«[...] declare la improcedencia de lo solicitado, así en el curso del procedimiento no se prueba lo alegado en la demanda. Y en caso de sentencia estimatoria se resuelva sobre la guarda y custodia, alimentos y régimen de visitas ».

3. La Procuradora de los Tribunales doña Cristina González Longo, en nombre y representación de don Raúl , contestó a la demanda formulada de contrario, formulando igualmente reconvencción contra la actora. En el suplico de la contestación suplicó al Juzgado:

«[...] dicte sentencia desestimatoria de la demanda. »

En el suplico de la reconvencción solicitaba al Juzgado:

«[...] a) disolver por divorcio el matrimonio en su día contraído por D. Raúl y Dª Begoña . b) atribuir al padre, Sr. Raúl la guarda y custodia de los hijos del matrimonio que son menores de edad; Adrian , Amadeo , Isabel y Armando . c) establecer el siguiente régimen de visitas a favor de la madre; fines de semana alternos, de viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las ocho de la tarde; mitad de vacaciones de navidad, semana santa en años alternos y seis semanas en verano; d) establecer la obligación de que los gastos extraordinarios de los hijos, necesarios o en que haya habido acuerdo entre los progenitores, sean satisfechos por ambos padres por mitad. e) establecer la obligación de que la madre pague alimentos

a favor de los hijos, ponderando los mismos la juez de instancia en virtud de las circunstancias económicas y patrimoniales de ambos padres y las necesidades de los hijos. f) acordar la improcedencia de establecer pensión compensatoria a favor de la esposa con cargo al esposo. g) Subsidiariamente, para el caso de que no se acuerde atribuir al padre la guarda y custodia de los hijos, se interesa que: 1.- se establezca la obligación de que los hijos vivan en Gijón por no concurrir causa justificada alguna para su cambio de domicilio y sean, por tanto, reintegrados a sus respectivos colegios. 2.- se establezca el siguiente régimen de visitas a favor del padre respecto a los hijos: fines de semana alternos, estableciéndose que le corresponda estar junto a ellos en todos los puentes, así como en Semana Santa, mitad de Navidad y seis semanas en verano. 3.- se establezca la obligación de que los desplazamientos de los hijos sean llevados a cabo por parte de la madre y a costa de ella. 4.- Se establezca la obligación de que el padre abone alimentos a favor de sus hijos en cuantía de ochocientos euros mensuales. H) acordar la improcedencia de que los hijos salgan de España sin autorización paterna».

4. La representación procesal de D^a Begoña , contestó a la demanda reconvenicional y suplicó al Juzgado dictase sentencia por la que:

«[...] mostrada conformidad a la petición de divorcio y solicitando que se rechace el resto de medidas instaladas de contrario admitiendo las solicitadas por esta parte en la demanda. ».

5. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Gijón, dictó sentencia el 7 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D^a ANA ISABEL DE CASTRO MALDONADO, en nombre y representación de D^a Begoña , frente a D. Raúl , representado por el Procurador D^a CRISTINA GONZALEZ LONGO, y estimando la reconvenición formulada por la procuradora D^a CRISTINA GONZALEZ LONGO, en representación de D. Raúl , procede acordar el divorcio del matrimonio formado por ambos contrayentes en fecha 25 de agosto de 1995, con los efectos legales inherentes a tal declaración, acordando las siguientes medidas que han de regir la situación personal y familiar entre los cónyuges: - Sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, procede atribuir al padre la guarda y custodia de los dos hijos mayores, Adrian y Amadeo , y a la madre la guarda y custodia de los dos hijos menores Isabel y Armando . - El régimen de comunicación y visitas de los padres para con sus hijos, será de fines de semana alternos, un fin de semana en el domicilio materno, permaneciendo los cuatro hermanos juntos, al que acudirán los hijos mayores, bien siendo recogidos y entregados por el progenitor, o trasladándose en transporte público y a los quince días siguientes en el domicilio paterno, permaneciendo los cuatro hermanos juntos, siendo recogidos y reintegrados los menores por el padre en el domicilio materno, iniciando el primer fin de semana, el siguiente a la notificación, de la presente resolución, concretamente el 9 al 11 de noviembre, en el domicilio materno. Los fines de semana se unirán a los puentes, debiendo respetarse, en caso, de que no coincidan los puentes el calendario escolar de los menores, de forma, que no se interrumpan las actividades escolares consecuencia de las visitas. Los periodos de vacaciones de navidad, semana santa, y verano, se dividirán por mitad, estando los hermanos juntos, eligiendo la esposa los años impares y el esposo los pares. Para dividir los periodos vacacionales, se atenderá, en todo caso, al calendario oficial escolar, de cada centro escolar al que asistan los menores. - Se atribuye a la esposa el uso y disfrute del domicilio, familiar, situado en la DIRECCION000 nº NUM000 portal NUM001 - NUM002 NUM003 de Gijón, a la esposa. El esposo deberá abandonar la vivienda en el plazo máximo de cinco días contado a partir de la fecha de la presente resolución, pudiendo retirar sus enseres y objetos de uso personal. - D. Raúl , deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para sus hijos Isabel y Armando la cantidad de 320 euros mensuales, para cada uno de ellos que deberá ser ingresada en la cuenta bancaria que al efecto se señala, dentro de los cinco primeros días de cada mes, obligación que debe cumplirse a partir de la fecha de la presente resolución, prorrateándose en este primer mes la cantidad correspondiente, cantidad que deberá ser actualizada anualmente conforme al IPC, que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que lo sustituye, teniendo lugar la primera actualización, en el mes de enero de 2013. Los gastos extraordinarios, de carácter médico no cubiertos por la seguridad social o escolar, deberán ser satisfechos por los dos progenitores por mitad. No se consideran gastos extraordinarios la adquisición de libros o material escolar necesarios para el inicio del curso escolar, ni la realización de las actividades extraescolares a las que, con regularidad, asistan los menores. Los gastos extraordinarios deben ser consensuados por ambos progenitores, previamente a su realización. - D^a Begoña , deberá abonar en concepto de pensión de alimentos para sus hijos Adrian y Amadeo la cantidad de 200 euros mensuales, para cada uno de ellos que deberá ser ingresada en la cuenta bancaria que al efecto se señale, dentro de los cinco primeros días de cada mes, obligación que debe cumplirse a partir de la fecha de la presente resolución, prorrateándose en este primer mes la cantidad correspondiente, cantidad que deberá ser actualizada anualmente conforme al IPC, que publique el

Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que lo sustituye, teniendo lugar la primera actualización, en el mes de enero de 2013. Los gastos extraordinarios, de carácter medido no cubiertos por la seguridad social o escolar, deberán ser satisfechos por los dos progenitores por mitad. No se consideran gastos extraordinarios la adquisición de libros o material escolar necesarios para el inicio del curso escolar, ni la realización de las actividades extraescolares a las que, con regularidad, asistan los menores. Los gastos extraordinarios deben ser consensuados por ambos progenitores, previamente a su realización. - Ambos progenitores abonarán, por mitad, los gastos universitarios del hijo Segismundo . - D. Raúl deberá abonar en concepto de pensión compensatoria para la esposa la cantidad de 400 euros mensuales durante un periodo de cinco años, que deberá ser ingresada en la cuenta bancaria que al efecto se señale, dentro de los cinco primeros días de cada mes, obligación que debe cumplirse a partir de la fecha de la presente resolución, prorrateándose en este primer mes la cantidad correspondiente, cantidad que deberá ser actualizada anualmente conforme al IPC, que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que lo sustituye, teniendo lugar la primera actualización, en el mes de enero de 2013. - No procede hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas causadas en autos.».

Tramitación en segunda instancia.

6. Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación de don Raúl . La Audiencia Provincial Civil de Gijón (Sección Séptima), dictó sentencia el 9 de julio de 2013 , cuyo fallo dice literalmente :

«Se acoge en parte el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales DOÑA MARÍA CRISTINA GONZÁLEZ LONGO, en nombre y representación de DON Raúl , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. Nueve de Gijón, en los autos de Separación Contenciosa núm. 732/11, y, en su virtud, revocar la apelada en el único sentido de establecer la pensión compensatoria por un periodo de 3 años a contar desde la fecha de la presente resolución».

Interposición y tramitación de los recursos de casación y extraordinario de infracción procesal.

7. La representación de don Raúl , interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal contra la anterior resolución, con base en los siguientes motivos:

Recurso extraordinario por infracción procesal:

Motivo Único. Se articula el presente motivo por infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de motivación de la sentencia recurrida y ser la existente irrazonable.

Recurso de Casación:

Motivo Único. Se interpone el presente recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º por la materia al entender que la resolución de este recurso presenta interés casacional al oponerse la sentencia recurrirá a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

8. Recibidas las actuaciones en esta Sala Primera del Tribunal Supremo, se dictó Auto el 4 de marzo de 2015 ,cuya parte dispositiva dice:

« 1º) **ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL** interpuesto por la representación procesal de D. Raúl contra la *sentencia dictada, con fecha 9 de julio de 2013, por la Audiencia Provincial de Gijón (sección 7ª), en el rollo de apelación nº 33/2013, dimanante de los autos de juicio sobre modificación de medidas de divorcio nº 732/2011 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Gijón. [...] » .*

9. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la representación procesal de Dª Begoña se opuso a los recursos formulados de contrario. Asimismo el Ministerio Fiscal impugnó los recursos formulados de contrario.

10. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 16 de septiembre de 2015 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO. Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los siguientes:

1. El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Gijón dictó sentencia el 7 de noviembre de 2012 por la que acordaba el divorcio de los cónyuges doña Begoña y don Raúl con los efectos legales inherentes a tal declaración, de entre los cuales es de interés el siguiente: "Sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, procede atribuir al padre la guardia y custodia de los dos hijos mayores, Adrian y Amadeo , y a la madre la guardia y custodia de los dos hijos menores Isabel y Armando .

El régimen de comunicación y visitas de los padres para con sus hijos, será de fines de semana alternos, un fin de semana en el domicilio materno, permaneciendo los cuatro hermanos juntos, al que acudirán lo hijos mayores, bien siendo recogidos y entregados por el progenitor, o trasladándose en transporte público y a los quince días siguientes en el domicilio paterno, permaneciendo los cuatro hermanos juntos, siendo recogidos y reintegrados los menores por el padre en el domicilio materno, iniciando el primer fin de semana, el siguiente a la notificación, de la presente resolución, concretamente del 9 al 11 de noviembre, en el domicilio materno. Los fines de semana se unirán a los puentes, debiendo respetarse, en caso de que no coincidan los puentes, el calendario escolar de los menores, de forma, que no se interrumpan las actividades escolares consecuencia de las visitas. Los periodos de vacaciones de navidad, semana santa, y verano, se dividirán por mitad, estando los hermanos juntos, eligiendo la esposa los años impares y el esposo los pares. Para dividir los periodos vacacionales, se atenderá, en todo caso, al calendario oficial escolar, de cada centro escolar al que asistan los menores."

2. La decisión de separar a los hermanos se motiva en los siguientes términos: (i) Respecto de los hijos mayores Adrian y Amadeo ambos progenitores solicitan que la guarda y custodia corresponda al padre y tal decisión se respeta por entender que dada su edad, catorce y dieciséis años, la voluntad de los mismos, manifestada a presencia judicial, el hecho de que Adrian ya se encuentre en Gijón, unido a los conflictos de comportamiento y convivenciales de Amadeo en el domicilio materno, permiten concluir que esta decisión no perjudica su interés. (ii) Respecto de los menores Isabel y Armando , a pesar del informe del equipo psicosocial que aconseja que convivan con su padre, se decide la guarda y custodia por parte de su madre por residir ambos en Madrid en compañía de ésta desde hace más de un año, encontrándose escolarizados e integrados en el centro escolar, al que asisten con plena regularidad y normalidad. Además su exploración reservada, en presencia del Ministerio Fiscal y del equipo psicosocial, no ha revelado en absoluto que los niños tengan ningún tipo de rechazo hacia la figura materna ni que se encuentren desatendidos por su madre. Ha sido esta quien durante la vigencia del matrimonio se ha ocupado de la familia y de la crianza directa de los cinco hijos, aunque se auxiliase de una empleada del hogar, por no tener trabajo fuera de éste, mientras que el marido dedicaba la mayor parte del tiempo al trabajo y al negocio que regenta. Según el equipo psicosocial ambos progenitores están capacitados para proporcionar a sus hijos las debidas atenciones, por lo que no existe ningún condicionante objetivo para entender que la madre no pueda atender adecuadamente a la guarda y custodia de los menores. (iii) No existe inconveniente alguno para separar a los hermanos debido a la diferencia de edad entre unos y otros, lo que supone que van a realizar actividades escolares, extraescolares y de ocio diferenciadas. Además es habitual que por razones personales, familiares, educativas etc., los hermanos puedan vivir separados, sin que ello suponga que no puedan mantener una relación plena, garantizada mediante el establecimiento de un régimen de visitas conjunto.

3. La representación procesal de don Raúl interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia, cuyo conocimiento correspondió a la Sección 7 de la Audiencia Provincial de Gijón que dictó sentencia el 9 julio 2013 confirmando la medida relativa a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio.

4. La sentencia se dictó tras celebrarse vista, partiendo de la argumentación de la de primera instancia, y en ella se motiva en los siguientes términos: (i) Dos hijos conviven con la madre en Madrid junto con un hermano mayor de edad; (ii) Otros dos, 16 y 15 años conviven con el padre en Gijón; (iii) La medida ha de adoptarse en interés del menor y en el caso que se enjuicia las razones que se alegan por el apelante y que el equipo psicosocial acoge con carácter principal, no pueden ser estimadas; (iv) En primer término porque la conveniencia de no separar a los hermanos no puede erigirse en factor fundamental para asignar la custodia; (v) Se ha de tener en cuenta que ello también implica desgajar a los menores de la convivencia con su hermano mayor que reside con la madre, con lo que la cohesión absoluta de la familia tampoco se logra; (vi) Además no hace tan relevante la separación la diferencia de edad entre los hermanos residentes en Gijón y los menores residentes en Madrid; (vii) Como demuestra la prueba practicada y el equipo psicosocial la solución sería la custodia compartida si no fuese por la distancia geográfica de los progenitores, por lo que la que se acuerda será un mal menor si se atiende a que ha producido efectos positivos para los hijos, tanto para los que conviven con la madre como para los que conviven con el padre, sin merma apreciable en la relación entre los hermanos pese a residir en lugares diferentes; (viii) Existe una evolución positiva del régimen acordado y, por ende, no conviene su sustitución por otro de resultado incierto.

5. La representación procesal de don Raúl interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del artículo 218. 2 LEC , por falta de motivación y ser irrazonable la existente, y recurso de casación al amparo de lo dispuesto en el artículo 477. 2. 3º LEC por presentar interés casacional oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en las sentencias que cita, sobre los principios de protección del interés del menor y de lo dispuesto en los artículos 90 , 92 y 103 del Código Civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del mismo de fecha 20 noviembre 2011 , artículo 39 de la Constitución Española , artículo 2 y 9 de la LO 1/1996 .

6. El recurso se admitió por Auto de la Sala de 4 de marzo 2015 y, tras los oportunos traslados, se opuso a él tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal.

Recurso Extraordinario por Infracción Procesal.

SEGUNDO. Motivo Único.

Se articula por infracción del artículo 218. 2 LEC por falta de motivación de la sentencia recurrida y por ser irrazonable la existente.

En el desarrollo argumental se pone el acento en la ausencia o escasa motivación del Tribunal a la hora de decidir en contra del informe del equipo psicosocial.

TERCERO. Decisión de la Sala.

1. Como sostiene la sentencia de 25 junio 2015, Rc. 2868/2013 , y la de 22 de julio 2015, Rc. 1701/2013 , entre otras: " *La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del iter decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo. De esta forma, la motivación de las sentencias se presenta como una exigencia constitucional establecida en el artículo 120.3 CE configurándose como un deber inherente al ejercicio de la función jurisdiccional en íntima conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva que establece el artículo 24 CE (STC 144/2003 de julio y STS de 5 de diciembre de 2009). Esta Sala ha venido exigiendo la aplicación razonada de las mismas que consideran adecuadas al caso en cumplimiento de las funciones o finalidades que implícitamente comporta la exigencia de la motivación: la de permitir el eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos, la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, favoreciendo la comprensión sobre la justicia y corrección de la decisión judicial adoptada, y la de operar, en último término, como garantía o elemento preventivo frente a la arbitrariedad (SSTS 5 de noviembre de 1992 , 20 de febrero de 1993 y 18 de noviembre de 2003 , entre otras). Pero también, como resulta lógico, hay que señalar que esta exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (de 29 de abril de 2008 de 22 de mayo de 2009 y 9 de julio de 2010)*

A lo anterior cabe añadir que no es lo mismo falta de motivación que motivación satisfactoria para la parte."

2. Como se recoge en el resumen de antecedentes el Tribunal de Instancia, por sí y por aceptar la argumentación de la primera instancia, motiva no de manera escueta sino de forma amplia y ordenada las circunstancias que le sirven de apoyo para confiar la guarda y custodia de unos hijos al padre, otros a la madre y apartarse de la aconsejable admonición de no separar a los hermanos. Cuestión distinta es que la medida no satisfaga a la parte recurrente que, en realidad, más que falta de motivación parece denunciar un error en la valoración de la prueba atinente al informe del equipo psicosocial.

3. Según recuerda la sentencia de 13 de febrero de 2015, Rc. 2339/2013 , ratificada por la de 15 de julio 2015, Rc. 545/2014 . <<La valoración de la prueba del informe de los servicios psicosociales debe ser asimilado a los peritos, aunque tenga una naturaleza no totalmente equiparada al informe pericial. La STS 660/2011, de 5 octubre , dijo que el juez debe valorar los informes periciales de acuerdo con lo que dispone el artículo 34 LEC . De este modo, sólo cuando dicha valoración no respete "las reglas de la sana crítica" , podrá impugnarse, pero no es aceptable la sustitución de la estimación aceptada por el juez por la realizada por la recurrente (STS 10 diciembre 2012).">>.

Es precisamente lo pretendido por la parte recurrente ya que en las instancias se ha tenido en cuenta el informe del equipo psicosocial, incluso se celebró vista ante el Tribunal de apelación para una mayor ilustración

del mismo, y no se aprecia que la valoración que hace éste se aparte de la sana crítica, siendo, por contra, lógica, razonable y no arbitraria.

Por todo ello el motivo se desestima.

Recurso de Casación.

CUARTO. Motivo Único.

Se denuncia la infracción de los artículos 90 , 92 y 103 del código civil en relación con el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de fecha del 20 noviembre 2011 , artículo 39 de la Constitución Española , y artículos 2 y 9 de la ley orgánica 1/1996 . Centra el debate del recurso la atribución de la guarda y custodia de los menores al considerar el recurrente que la sentencia no ha tenido en cuenta el interés del menor a la hora de adoptar la medida de la guarda y custodia, obviando el artículo 92 del código civil que establece el principio de que se procure no separar a los hermanos, que si bien no se erige como un imperativo legal si debe regir las medidas que se adopten por los tribunales a la hora de regular la situación de los hermanos. El mayor beneficio del menor al tratarse de la valoración de una calificación jurídica puede ser objeto de revisión conceptual que debemos examinar si a la vista de los hechos probados la solución adoptada realmente se funda en ese beneficio del menor, pues en todo caso lo que tiene que recoger la sentencia es lo que resulte más beneficio para el mismo. Tiene sostenido el Tribunal Supremo que los hermanos sólo deben separarse en caso imprescindible pues lo conveniente es que los hermanos permanezcan juntos para favorecer el desarrollo del afecto entre ellos y si bien puede optarse por que los hermanos se separen, esa medida se tomarán de forma excepcional y especialmente motivada, demostrando ser más beneficio para los hijos como marco convivencia más adecuado para su desarrollo integral, pues si tras la separación los hijos dejan de convivir con ambos padres, los perjuicios pueden ser mayores si al mismo tiempo dejan de convivir con sus hermanos. Se citan como contradictorias con la sentencia dictada la sentencia del Tribunal Supremo de 7 junio 2013 , 31 enero 2010 , 25 noviembre 2013 , 19 julio 2013 , 29 abril 2013 y 17 diciembre 2012 .

QUINTO. Decisión de la Sala.

1. Esta Sala (STS de 25 octubre 2012, Rc. 912/2011) ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo , con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio . La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este".(...) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección" (SSTS 11 de enero y 27 de abril de 2012).

El interés del menor (SSTS 17 junio 17 octubre 2013) es la suma de distintos factores que tienen que ver no sólo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño.

2. El Tribunal de Instancia ha valorado el interés de los menores que confía a la guarda y custodia de la madre, atendiendo a criterios que la Sala (STS de 25 octubre de 2012) considera útiles para ello, como es la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor -la madre atendía a la familia y el cuidado de los hijos-, su actitud personal- adecuada según el equipo psicosocial-, los deseos manifestados por los menores- explorados judicialmente en presencia del Ministerio Fiscal y del equipo psicosocial no muestran rechazo hacia la madre-.

La única objeción sería que el Tribunal prescinde de la admonición de procurar no separar a los hermanos. Sin embargo, como hemos recogido en el resumen de antecedentes, tal decisión se motiva y resulta lógica, razonable, no arbitraria y, lo que es importante, respetuosa con el interés de los menores, pues al convivir el que es mayor de edad con la madre y los dos menores de más edad con el padre, por decisión de ellos a la que presta su conformidad los progenitores, nunca sería posible la convivencia plena de todos los hermanos con un solo progenitor. La solución más positiva, tras la ruptura, y de ahí que se hable de "mal menor", es la que se adopta, acompañada de un régimen de visitas y comunicaciones que, fielmente ejecutado, impedirá la ruptura o enfriamiento de los lazos afectivos entre los hermanos.

Por todo lo expuesto el motivo se desestima.



SEXTO. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª, apartado 9, LOPJ .

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso extraordinario de infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Raúl , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Gijón (Sección 7ª), en el rollo de apelación nº 33/2013 , dimanante de los autos de juicio sobre modificación de medidas de divorcio nº 732/201 del Juzgado de Primera Instancia nº 9 de Gijón.

2 . Declarar la firmeza de la sentencia recurrida.

3. Imponer a la parte recurrente las costas del recurso y la pérdida del depósito para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y rubricado.-Jose Antonio Seijas Quintana .- Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas .- Eduardo Baena Ruiz.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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.