



Roj: **STS 21/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:21**

Id Cendoj: **28079110012018100010**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2018**

Nº de Recurso: **942/2017**

Nº de Resolución: **4/2018**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 4/2018**

Fecha de sentencia: 10/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 942/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3.ª.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 942/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 4/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª. M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 10 de enero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuestos contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2016, dictada en recurso de apelación 3322/2016, de la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso 198/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián; recurso interpuesto ante la citada audiencia por Dña. Luz, representada en las instancias por la procuradora Dña. Ainhoa Kintana Martínez, bajo la dirección letrada de Dña. María Paz Sa Casado, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. María Jesús Martín López en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Maximino, representado por el procurador D. Carmelo Olmos Gómez, bajo las direcciones letradas de Dña. Gema Artola Olaciregui y Dña. Ana María Morán Rina y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Se incoa procedimiento de familia 198/2016 por demanda de divorcio interpuesta por Dña. Luz, representada por la procuradora Dña. Ainhoa Kintana Martínez y bajo la dirección letrada de Dña. María Paz Sa Casado, contra D. Maximino y en la que, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estimando esta demanda, se declare la disolución del matrimonio con todos sus efectos legales y se adopten las siguientes medidas:

»1.ª) Se decrete el divorcio del matrimonio formado entre mi mandante Dña. Luz y el demandado D. Maximino, pudiendo los esposos residir en los domicilios que estimen conveniente.

»2.ª) Se decrete la disolución del régimen legal de gananciales de dicho matrimonio, quedando revocados todos los consentimientos y poderes mutuamente otorgados, cesando la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

»3.ª) Se confíe la guarda y custodia del hijo menor, Jenaro, a la madre Dña. Luz, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

»4.ª) Se establezca la obligación de D. Maximino de abonar a su esposa en concepto de pensión alimenticia de su hijo, la suma de 650,00.-€ al mes dado las necesidades económicas que requiere un niño de tan corta edad y la capacidad económica del padre. Esta suma deberá ser actualizada anualmente de conformidad con la variación que experimente el índice de precios al consumo, conjunto nacional. Dicha suma se ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que la esposa designe.

»Además deberá satisfacer el cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios de su hijo, tales como médicos, ortopédicos y farmacológicos que no cubran la Seguridad Social, los escolares como uniforme, clases extraescolares y los lúdicos como excursiones, campamentos.

»5.ª) Se disponga el siguiente régimen de visitas a favor del padre:

»Hasta que el menor cumpla los cuatro años:

»- El padre podrá estar en compañía de su hijo siempre que pueda, comunicándose previamente a la madre, y siempre con un máximo de cinco días al mes, sin pernocta, debiendo permanecer en esta localidad, a fin de evitar que el pequeño haga más de 2.000 kilómetros al mes y de causar la menor alteración posible a la rutina del menor.

»- Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se dividirán por mitad, debiendo permanecer el padre con el menor en la localidad de **Jerez** de la Frontera y sin pernocta. Quedará de la siguiente manera tomando como base los períodos vacacionales escolares:

»Navidad: se dividirá por mitad desde la salida del colegio hasta el día anterior al inicio nuevamente del curso, debiendo permanecer el menor en la localidad de **Jerez** de la Frontera, sin pernoctar con el padre a fin de no alterar las rutinas que un niño de tan corta edad tiene y evitar un desplazamiento de 2.000 kms.

»Semana Santa: se dividirá por mitad, desde el Sábado de Pasión, hasta las doce del mediodía del Miércoles Santo, y desde las doce del mediodía de Miércoles Santo hasta las 19,00 horas del Domingo de Resurrección. La visita será sin pernoctar con su padre y deberá permanecer en la localidad de **Jerez** de la Frontera, a fin de no alterar las rutinas que un niño de tan corta edad tiene y evitar un viaje de 2.000 kms.

»Verano: las vacaciones de verano se dividirán por quincenas, desde el último día de clase, hasta el día anterior de inicio del curso escolar. El padre estará con el menor debiendo permanecer en la localidad de **Jerez** de

la Frontera y sin pernocta, a fin de no alterar las rutinas que un niño de tan corta edad tiene y evitar un viaje de 2.000 kms.

»Cuando el menor esté en compañía de su padre, éste deberá informar a la madre dónde se encuentra con el menor.

»Las vacaciones se distribuirán a elección de los padres, pero si no existiera acuerdo, la madre elegirá los años pares y el padre los impares.

»La entrega y recogida del menor se realizará en el domicilio en que este resida en compañía de la madre.

»A partir de que el menor cumpla cuatro años:

»- El padre podrá estar en compañía de su hijo siempre que pueda, comunicándose previamente a la madre, y siempre con un máximo de cinco días al mes, con pernocta, debiendo permanecer en esta localidad, a fin de evitar que el pequeño haga más de 2.000 kilómetros al mes y de causar la menor alteración posible a la rutina del menor.

»- Las vacaciones se dividirán al 50% para cada uno de los progenitores, quedando finalmente de la siguiente manera:

»Navidad: se dividirá por mitad desde la salida del colegio hasta el día anterior al inicio nuevamente del curso, debiendo permanecer el menor en la localidad de **Jerez** de la Frontera para evitar un traslado al menor de 2.000 kms. y de causar la menor alteración posible a la rutina del menor, pudiendo pernoctar con el padre.

»Semana Santa: se dividirá por mitad, desde el Sábado de Pasión, hasta las doce del mediodía del Miércoles Santo, y desde las doce del mediodía de Miércoles Santo hasta las 19,00 horas del Domingo de Resurrección. El menor podrá pernoctar con su padre pero deberá permanecer en la localidad de **Jerez** de la Frontera, a fin de evitar que el pequeño haga más de 2.000 kilómetros al mes y de causar la menor alteración posible a la rutina del menor.

»Verano: las vacaciones de verano se dividirán por quincenas, desde la salida del colegio del último día de clase, hasta el día anterior de inicio del curso escolar. Cada padre estará con el menor con pernocta, y cuando le corresponda estar en compañía de su padre, podrá viajar con el mismo. El coste económico de los traslados del menor correrán de cuenta del padre.

»Durante los quince días que el menor pase con uno de los progenitores, el otro tendrá derecho a visitar al menor al menos una vez a la semana, siempre y cuando sus horarios así se lo permitan.

»En todo caso, cuando el menor esté en compañía de su padre, éste deberá informar a la madre acerca de la ubicación del mismo.

»Las vacaciones se distribuirán a elección de los padres, pero si no existiera acuerdo, la madre elegirá los años pares y el padre los impares.

»La entrega y recogida del menor se realizará en el domicilio en que este resida en compañía de la madre.

»6.ª) Se otorgue a la esposa una pensión compensatoria de 300,00.-€ al mes, con una duración de tres años o hasta la fecha en la que la misma encuentre trabajo dentro de esos tres años.

»Es Justicia que pido en Donostia...».

**2.-** Se une al procedimiento de familia anterior demanda de divorcio interpuesta por D. Maximino , representado por el procurador D. Pedro Arraiza Sagües y bajo la dirección letrada de Dña. Gema Artola Olaciregui, contra Dña. Luz , que fue registrada como procedimiento de familia 254/2016 y que se une al 198/2016 conforme al art. 76 LEC ; demanda en la que alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«En cuyo fallo se recojan los siguientes pronunciamientos y medidas:

»1-Divorcio del matrimonio formado por D. Maximino y Dña. Luz .

»2.- Se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado a favor del otro.

»A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.

»3.- Medidas que se adoptan:

»Primera.- De la patria potestad y de la guarda y custodia.



- »La patria potestad compartida , por ambos progenitores y a este fin deberán tomar de mutuo acuerdo cuantas decisiones importantes pudieran afectar al menor.
- »Las decisiones que deberán consensuar serán:
- »- Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual.
  - »- Elección inicial o cambio de centro escolar.
  - »- Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.
  - »- Celebraciones sociales y religiosas de relevancia.
  - »- Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.
- »Teniendo por tanto, ambos, acceso a toda la información en lo concerniente a estos aspectos.
- »Se encomienda a ambos progenitores la guarda y custodia compartida del hijo menor Jenaro .
- »El domicilio del menor se restablece en el que fuera el último domicilio familiar, en Erretería, CALLE001 NUM003 NUM004 , y cuyo uso se adjudica al padre en beneficio del menor, en tanto que la madre reside en la actualidad en **Jerez** de la Frontera.
- »Segunda.- Del régimen de visitas y estancias.
- »- La guarda y custodia compartida del menor Jenaro , será por períodos de quince días, correspondiendo al progenitor que inicie la guarda y custodia trasladarse al lugar donde se encuentre el menor a recogerlo.
  - »De esta manera dicha guarda y custodia se iniciará los sábados, cuando le corresponda al padre, será este quien se traslade a **Jerez** de la Frontera a recoger al menor, y una vez finalice el período de quince días, será la madre la que se traslade, a recoger al menor al lugar donde se encuentre el menor con el padre.
  - »Se autoriza que las recogidas y entregas las puedan realizar los abuelos.
  - »En los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa se suspenderán los regímenes de estancia antedichos, distribuyéndose así mismo entre ambos progenitores, correspondiendo al padre elegir el período que le corresponda en años pares y a la madre en años impares.
  - »Vacaciones de Navidad: El primero desde el sábado anterior a Nochebuena y el 30 de diciembre a las 10 horas y el segundo entre el 30 de diciembre a las diez horas y el primer sábado posterior al día de Reyes.
  - »Vacaciones de Semana Santa: El primero, desde el sábado anterior a la Semana Santa a las 10 horas, hasta el domingo de Pascua a las 10 horas y el segundo la Semana de Pascua, desde el domingo de Pascua a las 10 horas y el sábado de la Semana de Pascua.
  - »Vacaciones de verano: Siendo el régimen de estancias que regula la guarda y custodia compartida, quincenal, este permanecerá sin modificarse en las vacaciones de verano.
  - »Las entregas y recogidas del menor en los períodos vacacionales se realizaran de la misma forma en que se realizan los cambios en el régimen de estancias.
  - »Después de cada período vacacional se retomará el régimen de estancias, a favor del progenitor al que le hubiera correspondido estar con el niño, de no haber sido interrumpida dicha quincena de estancia.
  - »Ambos progenitores, podrán comunicarse con su hijo por cualquier medio de comunicación, siempre que no se use este derecho de forma abusiva.
  - »Este régimen de visitas y estancias regirá hasta que el menor cumpla la edad de escolarización obligatoria, es decir hasta que el menor cumpla los seis años de edad.
  - »Si surgiera alguna dificultad o diferencia entre los progenitores en cuanto a su aplicación esta se solventaría por vía de ejecución judicial de sentencia, y recabando en cualquier caso el correspondiente Informe Psicosocial.
- »Tercera.- De la pensión de alimentos.
- »Cada uno de los progenitores se hará cargo de los gastos de alimentación estricta del menor en el tiempo que esté en su compañía.
  - »El Sr. Maximino habrá de contribuir a los gastos de viaje y cargas del menor, con la cantidad de 400,00 euros mensuales, pagadera por anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorro, que al efecto designe la Sra. Luz .



»Los gastos extraordinarios que se puedan generar, serán sufragados por ambas partes al cincuenta por ciento; se entienden como gastos extraordinarios, aquellos gastos sanitarios no incluidos en la Seguridad Social, como gafas, lentillas, ortodoncias, actividades extraescolares, clases particulares de refuerzo, estancias en el extranjero y todos aquellos que favorezcan el desarrollo físico y psíquico de los menores.

»Si no hubiera acuerdo sobre la necesidad del gasto, se resolvería por vía de ejecución judicial de sentencia.

»Cuarta.- Del uso del domicilio conyugal y la contribución a las cargas del matrimonio.

»El domicilio del menor se restablece en el que fuera el último domicilio familiar, en Erretería, CALLE001 NUM003 NUM004 , y cuyo uso se adjudica al padre en beneficio del menor, en tanto que la madre reside en la actualidad en **Jerez** de la Frontera.

»Siendo la vivienda privativa del Sr. Maximino , este asumirá todos los gastos derivados tanto de la propiedad como del uso de la misma.

»Es Justicia que pido...».

**3.-** El fiscal contestó a las demandas, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«De conformidad con lo probado y acreditado en autos».

**4.-** D. Maximino en calidad de demandado contestó a la demanda de divorcio interpuesta por Dña. Luz , actuando en su representación y defensa los mismos profesionales de su demanda, contestó oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que contenga los siguientes pronunciamientos:

»1- Divorcio del matrimonio formado por D. Maximino y Dña. Luz .

»2.- Se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado a favor del otro.

»A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.

»3.- Medidas que se adoptan:

»Primera.- De la patria potestad y de la guarda y custodia.

»La patria potestad compartida, por ambos progenitores y a este fin deberán tomar de mutuo acuerdo cuantas decisiones importantes pudieran afectar al menor.

»Las decisiones que deberán consensuar serán:

»- Cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual.

»- Elección inicial o cambio de centro escolar.

»- Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.

»- Celebraciones sociales y religiosas de relevancia.

»- Actos médicos no urgentes que supongan intervención quirúrgica o tratamiento médico de larga duración o psicológicos.

»Teniendo por tanto ambos, acceso a toda la información en lo concerniente a estos aspectos.

»Se encomienda a ambos progenitores la guarda y custodia compartida del hijo menor Jenaro .

El domicilio del menor se restablece en el que fuera el último domicilio familiar, en Erretería, CALLE001 NUM003 NUM004 , y cuyo uso se adjudica al padre en beneficio del menor, en tanto que la madre reside en la actualidad en **Jerez** de la Frontera.

»Segunda.- Del régimen de visitas y estancias.

»La guarda y custodia compartida del menor Jenaro , será por períodos de quince días, correspondiendo al progenitor que inicie la guarda y custodia trasladarse al lugar donde se encuentre el menor a recogerlo.

»De esta manera dicha guarda y custodia se iniciará los viernes, cuando le corresponda al padre, será este quien se traslade a **Jerez** de la Frontera a recoger al menor, y una vez finalice el período de quince días, será la madre la que se traslade, a recoger al menor al lugar donde se encuentre el menor con el padre.



- »Se autoriza que las recogidas y entregas las puedan realizar los abuelos.
- »En los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa se suspenderán los regímenes de estancia antedichos, distribuyéndose así mismo entre ambos progenitores, correspondiendo al padre elegir el período que le corresponda en años pares y a la madre en años impares.
- »Vacaciones de Navidad: El primero desde el viernes anterior a Nochebuena y el 30 de diciembre a las 10 horas y el segundo entre el 30 de diciembre a las diez horas y el primer viernes posterior al día de Reyes.
- »Vacaciones de Semana Santa: El primero, desde el viernes anterior de Semana Santa a las 10 horas, hasta el domingo de Pascua a las 10 horas y el segundo la Semana de Pascua, desde el domingo de Pascua a las 10 horas y el sábado de la Semana de Pascua.
- »Vacaciones de Verano: Siendo el régimen de estancias que regula la guarda y custodia compartida, quincenal, este permanecerá sin modificarse en las vacaciones de verano.
- »Las entregas y recogidas del menor en los períodos vacacionales se realizaran de la misma forma en que se realizan los cambios en el régimen de estancias.
- »Después de cada período vacacional, se retomará el régimen de estancias, a favor del progenitor al que le hubiera correspondido estar con el niño, de no haber sido interrumpida dicha quincena de estancia.
- »Ambos progenitores, podrán comunicarse con su hijo por cualquier medio de comunicación, siempre que no se use este derecho de forma abusiva.
- »Este régimen de visitas y estancias regirá hasta que el menor cumpla la edad de escolarización obligatoria, es decir hasta que el menor cumpla los seis años de edad.
- »Si surgiera alguna dificultad o diferencia entre los progenitores en cuanto a su aplicación esta se solventaría por vía de ejecución judicial de sentencia, y recabando en su caso el correspondiente Informe Psicosocial.
- »Tercera.- De la pensión de alimentos.
- »Cada uno de los progenitores se hará cargo de los gastos de alimentación estricta del menor en el tiempo que esté en su compañía.
- »El Sr. Maximino habrá de contribuir a los gastos de viaje y cargas del menor, con la cantidad de 400,00 euros mensuales, pagaderos por anticipado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorro, que al efecto designe la Sra. Luz .
- »Los gastos extraordinarios que se puedan generar, serán sufragados por ambas partes al cincuenta por ciento; se entienden como gastos extraordinarios, aquellos gastos sanitarios no incluidos en la Seguridad Social, como gafas, lentillas, ortodoncias, actividades extraescolares, clases particulares de refuerzo, estancias en el extranjero y todos aquellos que favorezcan el desarrollo físico y psíquico de los menores.
- »Si no hubiera acuerdo sobre la necesidad del gasto, se resolvería por vía de ejecución judicial de sentencia.
- »Cuarta.- Del uso del domicilio conyugal y la contribución a las cargas del matrimonio.
- »El domicilio del menor se restablece en el que fuera el último domicilio familiar, en Erretería, CALLE001 NUM003 NUM004 , y cuyo uso se adjudica al padre en beneficio del menor, en tanto que la madre reside en la actualidad en **Jerez** de la Frontera.
- »Siendo la vivienda privativa del Sr. Maximino , este asumirá todos los gastos derivados tanto de la propiedad como del uso de la misma.
- »Quinta.- De la pensión compensatoria.
- »No procede establecer pensión compensatoria a favor de la Sra. Luz .
- »Es Justicia que pido...».
- 5.-** Dña. Luz , en calidad de demandada, contestó a la demanda de divorcio planteada por D. Maximino y formuló demanda reconvenzional, todo ello bajo la representación y defensa de los mismos profesionales reseñados en su demanda.
- En su contestación a la demanda de D. Maximino , oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:
- «Por la que por la que se acuerde la adopción de las siguientes medidas:



- »1.ª) Se decrete el divorcio del matrimonio formado entre mi mandante Dña. Luz y el demandado D. Maximino , pudiendo los esposos residir en los domicilios que estimen conveniente.
- »2.ª) Se decrete la disolución del régimen legal de gananciales de dicho matrimonio, quedando revocados todos los consentimientos y poderes mutuamente otorgados, cesando la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.
- »3.ª) Se confíe la guarda y custodia del hijo menor, Jenaro , a la madre Dña. Luz , siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.
- »4.ª) Se establezca la obligación de D. Maximino de abonar a su esposa en concepto de pensión alimenticia de su hijo, la suma de 650,00.-€ al mes, dado las necesidades económicas que requiere un niño de tan corta edad y la capacidad económica del padre. Esta suma deberá ser actualizada anualmente de conformidad con la variación que experimente el índice de precios al consumo, conjunto nacional. Dicha suma se ingresarán dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que la esposa designe.
- »Además deberá satisfacer el cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios de su hijo, tales como médicos, ortopédicos y farmacológicos que no cubran la Seguridad Social, los escolares como uniforme, clases extraescolares y los lúdicos como excursiones, campamentos...
- »5.ª) Se disponga el siguiente régimen de visitas a favor del padre: Hasta que el menor cumpla los cuatro años:
- »El padre podrá estar en compañía de su hijo siempre que pueda, comunicándose previamente a la madre, y siempre con un máximo de cinco días al mes, sin pernocta, debiendo de permanecer en la localidad de **Jerez** de la Frontera, a fin de evitar que el pequeño haga más de 2.000 kilómetros al mes y de causar la menor alteración posible a la rutina del menor.
- »Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se dividirán por mitad, debiendo de permanecer el padre con el menor en la localidad de **Jerez** de la Frontera y sin pernocta. Quedará de la siguiente manera tomando como base los períodos vacacionales escolares:
- »Navidad: se dividirá por mitad desde la salida del colegio hasta el día anterior al inicio nuevamente del curso, debiendo permanecer el menor en la localidad de **Jerez** de la Frontera, sin pernoctar con el padre a fin de no alterar las rutinas que un niño de tan corta edad tiene y evitar un desplazamiento de 2.000 kms.
- »Semana Santa: se dividirá por mitad, desde el Sábado de Pasión, hasta las doce del mediodía del Miércoles Santo, y desde las doce del mediodía de Miércoles Santo hasta las 19-00 horas del domingo de Resurrección. La visita será sin pernoctar con su padre y deberá permanecer en la localidad de **Jerez** de la Frontera, a fin de no alterar las rutinas que un niño de tan corta edad tiene y evitar un viaje de 2.000 kms.
- »Verano: las vacaciones de verano se dividirán por quincenas, desde el último día de clase, hasta el día anterior de inicio del curso escolar. El padre estará con el menor debiendo de permanecer en la localidad de **Jerez** de la Frontera y sin pernocta, a fin de no alterar las rutinas que un niño de tan corta edad tiene y evitar un viaje de 2.000 kms.
- »Durante los quince días que el menor pase con uno de los progenitores, el otro tendrá derecho a visitar al menor al menos una vez a la semana, siempre y cuando sus horarios así se lo permitan.
- »Cuando el menor esté en compañía de su padre, éste deberá informar a la madre dónde se encuentra con el menor.
- »Las vacaciones se distribuirán a elección de los padres, pero si no existiera acuerdo, la madre elegirá los años pares y el padre los impares.
- »La entrega y recogida del menor se realizará en el domicilio en que este resida en compañía de la madre.
- »A partir de que el menor cumpla cuatro años:
- »El padre podrá estar en compañía de su hijo siempre que pueda, comunicándose previamente a la madre, y siempre con un máximo de cinco días al mes, con pernocta, debiendo de permanecer en esta localidad, a fin de evitar que el pequeño haga más de 2.000 kilómetros al mes y de causar la menor alteración posible a la rutina del menor.
- »Las vacaciones de dividirán al 50% para cada uno de los progenitores, quedando finalmente de la siguiente manera:
- »Navidad: se dividirá por mitad desde la salida del colegio hasta el día anterior al inicio nuevamente del curso, debiendo permanecer el menor en la localidad de **Jerez** de la Frontera para evitar un traslado al menor de 2.000 kms., pudiendo pernoctar con el padre.



- »Semana Santa: se dividirá por mitad, desde el Sábado de Pasión, hasta las doce del mediodía del Miércoles Santo, y desde las doce del mediodía de Miércoles Santo hasta las 19'00 horas del Domingo de Resurrección.
- »El menor podrá pernoctar con su padre pero deberá permanecer en la localidad de **Jerez** de la Frontera, a fin de evitar que el pequeño haga más de 2.000 kilómetros al mes y de causar la menor alteración posible a la rutina del menor.
- »Verano: las vacaciones de verano se dividirán por quincenas, desde la salida del colegio del último día de clase, hasta el día anterior de inicio del curso escolar. Cada padre estará con el menor con pernocta, y cuando le corresponda estar en compañía de su padre, podrá viajar con el mismo. El coste económico de los traslados del menor correrán de cuenta del padre.
- »Durante los quince días que el menor pase con uno de los progenitores, el otro tendrá derecho a visitar al menor al menos una vez a la semana, siempre y cuando sus horarios así se lo permitan.
- »En todo caso, cuando el menor esté en compañía de su padre, éste deberá informar a la madre acerca de la ubicación del mismo.
- »La vacaciones se distribuirán a elección de los padres, pero si no existiera acuerdo, la madre elegirá los años pares y el padre los impares.
- »La entrega y recogida del menor se realizará en el domicilio en que este resida en compañía de la madre».

E interpuso demanda reconvenional en la que suplica al juzgado se dicte sentencia:

«En la que se estime la presente reconvenición acordando el siguiente pronunciamiento:

»Se fije en concepto de pensión compensatoria a favor Dña. Luz de 300,00.-€ mensuales y con una extensión temporal de 3 años. Si antes de esos tres años la Sr. Luz tuviera un trabajo con un sueldo y con una duración que le permita mantenerse con solvencia, la obligación del demandante decaerá».

**6.-** Diligenciándose las oposiciones a las demandas y previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de San Sebastián se dictó sentencia, con fecha 3 de junio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»I.- Debo declarar y declaro disuelto por divorcio , el matrimonio contraído por D. Maximino y Dña. Luz , con todos los efectos inherentes al mismo, que se producirán desde la firmeza de esta sentencia, quedando revocados con carácter definitivo los consentimientos y poderes que se hubieren otorgado los cónyuges constante el matrimonio y declarando disuelta la sociedad de gananciales.

»II.- Debo acordar y acuerdo las siguientes medidas definitivas con respecto al hijo menor del matrimonio:

»1.º- La patria potestad sobre el hijo menor Jenaro se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores.

»El ejercicio de la patria potestad comprenderá todas las decisiones sobre:

»a).- Actos y tratamientos médicos no urgentes.

»b).- Cambios de domicilio fuera del municipio o residencia habitual y traslados al extranjero, salvo en viajes vacacionales.

»c).- Cambio de centro escolar.

»d).- Determinación de las actividades extraescolares o complementarias.

»e).- Celebraciones sociales o religiosas de relevancia.

»Ambos progenitores podrán recabar información sobre la marcha escolar de los menores y participar en las actividades habituales de los mismos. Igualmente podrán recabar información sobre los tratamientos de sus hijos.

»2.º- Se establece una guarda y custodia compartida del menor Jenaro . La guarda se ejercerá en el domicilio actual de cada uno de los progenitores, en **Jerez** de la Frontera (Cádiz) y Rentería (Guipúzcoa), en forma alterna por períodos de tres semanas, de viernes a viernes, correspondiendo al progenitor que inicia la guarda recogerlo del lugar donde se encuentre. Se autoriza que las recogidas y entregas las puedan realizar los abuelos.

»En los períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa se suspenderá el régimen ordinario, distribuyéndose entre ambos progenitores por mitades e iguales partes los días de vacaciones, correspondiendo en los años pares al padre el primer período y a la madre los impares, y el segundo período será respectivamente.





»Vacaciones de verano, dado el régimen de estancias establecido, no se modificará la guarda en las vacaciones de verano salvo acuerdo entre los progenitores.

»Después de cada período de vacaciones se retornará al régimen de estancias a favor del progenitor al que hubiera correspondido estar con el niño, de no haber sido interrumpido el período por las vacaciones.

»Durante el período de custodia de uno y otro, el progenitor no custodio podrá permanecer con su hijo un día de 10 de la mañana a 8 de la tarde u horario equivalente, avisando al otro con la suficiente antelación.

»3.º- El Sr. Maximino contribuirá a los gastos de viaje y cargas del menor con la cuantía de 400.-€, pagaderos por anticipado los cinco primeros días de cada mes. Los gastos extraordinarios que se puedan generar, entendiéndose por tales gastos sanitarios no incluidos en la Seguridad Social imprevistos y necesarios, y las actividades extraescolares como clases particulares de refuerzo, estancias en el extranjero, etc. que deberán ser pactados y se abonarán al 50% entre ambos progenitores.

»4.º- No procede pensión compensatoria alguna para la Sra. Luz . Cada parte abonará sus costas procesales».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa dictó sentencia, con fecha 30 de diciembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Luz contra la sentencia de fecha 3 de junio de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Donostia-San Sebastián en el procedimiento de divorcio contencioso núm. 198/2016-P y, en consecuencia, confirmamos en su integridad la sentencia recurrida.

»No procede efectuar pronunciamiento alguno en relación a las costas generadas en la alzada».

**TERCERO.- 1.-** Por Dña. Luz se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 469.1.2 de la LEC , en relación con el art. 218.2 de la LEC , se denuncia la total ausencia de motivación de la sentencia.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 469.1.4 de la LEC , en relación a la vulneración de la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24 de la CE , por valoración de la prueba de forma ilógica (dicho sea con absoluto extremo respeto y en ánimo de estricta defensa en contra del principio de favor *fili*) y vulneración del interés del menor por la infracción del art. 3.3 de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

El recurso de casación, conforme al apartado 3.º del art. 477.2 en relación con el art. 477.3 de la LEC , por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero y único.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477.2.3.º de la LEC por infracción del art. 92.5 , 6 y 7 del Código Civil , al considerar que la Audiencia Provincial ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida, debiéndose acordar que esta medida no es la mejor manera de proteger a los menores. SSTS de 29 de abril de 2013 , SSTS 52/2015, de 16 de febrero , SSTS 449/15, de 15 de julio , SSTS 465/15, de 9 de septiembre , SSTS 5717/15 de 14 de octubre , SSTS 390/15, de 26 de junio , y las de 18 de noviembre de 2014 , 29 de noviembre de 2013 , 25 de abril de 2014 y 19 de julio de 2013 , SSTS de 1 de marzo de 2016 y SSTS 21 de diciembre de 2016 y SSTS de 5 de diciembre de 2016 , estas últimas en las que se considera que si la distancia entre los progenitores es considerable, el interés de los menores no recomienda la custodia compartida.

El fundamento angular del pronunciamiento de la sentencia que con el presente se recurre, es (fundamento jurídico segundo) que el Tribunal comparte el criterio de la juzgadora de instancia en cuanto al sistema de guarda y custodia compartida acordado en primera instancia, destacando que no hay infracción de las normas tuitivas respecto al menor y protección de sus derechos.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 13 de septiembre de 2017 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido el procurador D. Carmelo Olmos Gómez, en nombre y representación de D. Maximino , presentó escrito de oposición a los mismos; por su parte el fiscal en su escrito de alegaciones apoya el recurso de casación interpuesto con las consecuencias legales que se deriven.



3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 13 de diciembre de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO .- *Antecedentes* .

El padre es de Rentería, la madre de **Jerez** de la Frontera, se conocieron por internet, contrajeron matrimonio el 1 de junio de 2013 y son padres de un niño nacido en NUM002 de 2014. Tras la ruptura la madre ha trasladado definitivamente su lugar de residencia a **Jerez** de la Frontera, ciudad de la que procedía antes de iniciarse la relación y en la que habita su familia extensa.

La Sra. Luz presentó demanda de divorcio interesando la guarda y custodia exclusiva. El Sr. Maximino solicitó guarda y custodia compartida por períodos de 15 días que luego amplió a tres semanas.

Se dictó auto de medidas provisionales el 27 de enero de 2016, pasando el menor a vivir por períodos alternos de 15 días con su padre en Rentería y con su madre en **Jerez** de la Frontera.

La sentencia de divorcio dictada en primera instancia acuerda, hasta que el menor cumpla la edad de escolarización obligatoria, el curso 2019/2020, de acuerdo con el informe psicosocial, la custodia compartida del menor por períodos de tres semanas con cada progenitor, con posibilidad del otro de pasar un día de 10#00 horas a 20#00 horas con el menor en ese período con previo aviso, los períodos de viernes a viernes correspondiendo al progenitor que inicia la guardia ir a recogerlo donde se encuentre, con posible recogida y entrega por los abuelos. El régimen se suspende en vacaciones de Semana Santa y Navidad con distribución por mitad de los períodos, pero no se altera en vacaciones de verano.

Para adoptar la medida la juzgadora centra la dificultad en la distancia por ser ambos progenitores igualmente idóneos, contando los dos con familia extensa en las respectivas localidades para apoyo en los cuidados del menor y los traslados.

La sentencia tiene en cuenta el proyecto vital de la pareja, que considera en Rentería, donde ella se trasladó, comenzó a estudiar euskera, buscó trabajo y donde tuvieron el hijo.

La sentencia de primera instancia motiva que:

«La atribución de la guarda a uno u otro, dada la distancia, convertiría al otro, al no custodio en un mero espectador de la vida de su hijo, en la que prácticamente no tendría participación (un fin de semana al mes, sería la alternativa a las estancias del padre o madre con su hijo en caso de una custodia monoparental).

»En este momento de edad del menor, ello supondría prácticamente el desconocimiento por parte del menor del progenitor no custodio.

»En contra, mantener en este momento y mientras sea posible sin perjuicio de la escolarización del menor ni otras posibles secuelas graves para el niño, una custodia compartida, con períodos de tiempo equivalentes en los que el menor pueda ser trasladado de una localidad a otra para permanecer con su padre o su madre, con facilidad dados los medios de comunicación actuales (avión) favorecerá el desarrollo integral del menor que participará del beneficio que le proporciona y más a tan corta edad, la relación con su padre y con su madre.

»Siendo un niño tan pequeño, su capacidad de adaptación es enorme y de hecho, durante el tiempo en que se ha estado ejerciendo de esta manera la custodia, no se ha apreciado ningún tipo de trastorno en el menor. Interactúa normalmente con su padre y con su madre, con ambos está contento, puede ir a la guardería en uno y otro sitio y puede generar lazos y contacto con las respectivas familias extensas.

»Cuestión diferente se producirá cuando el menor llegue a la edad obligatoria de escolarización, que es la de 6 años. [...]».

Interpuesto recurso de apelación, la sentencia dictada por la Audiencia Provincial lo desestima, confirmando la sentencia dictada en primera instancia. La sentencia recurrida centra la cuestión en determinar si el sistema de guarda y custodia compartida con alternancia de tres semanas propuesta por la sentencia respecto del menor es beneficioso o por el contrario perjudicial para el desarrollo emocional de un menor de algo más de dos años de edad. Después de recoger la jurisprudencia valora los informes del pediatra, y el del equipo psicosocial, solicitado por ambas partes, que propuso la solución adoptada por la sentencia de primera instancia. Destaca que ambos acordaran de mutuo acuerdo, en medidas provisionales, la guarda y custodia compartida por períodos de 15 días.

Recursos extraordinarios:



El recurso de casación se estructura en un motivo único (aunque figura como primero) formulado al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , por infracción del artículo 92.5 , 6 y 7 CC , al considerar que la Audiencia Provincial ha aplicado incorrectamente el principio de protección del menor con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida, debiéndose acordar que esta medida no es la manera de proteger a los menores. Cita numerosas sentencias de esta sala, las más recientes de 1 de marzo de 2016, recurso 611/2015 , 21 de diciembre de 2016 y 5 de diciembre de 2016 , entre las que destaca las últimas que consideran que si la distancia entre los progenitores es considerable, el interés de los menores no recomienda la custodia compartida.

La recurrente mantiene que además no se ha probado ni justificado la conveniencia del sistema de custodia compartida.

El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en dos motivos:

El primero al amparo del artículo 469.1.2.º LEC , en relación con el artículo 218.2 LEC y el artículo 24 CE , en el que denuncia falta de motivación con invocación de las normas que regulan la sentencia y vulneración de la tutela judicial efectiva.

El segundo al amparo del artículo 469.1.4.º LEC , en relación con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE , por valoración de la prueba de forma ilógica y vulneración del interés del menor por infracción del artículo 3.3 de la Convención de los Derechos de los niños.

La edad era de diez meses cuando se interpone la demanda, actualmente tres años.

El Ministerio Fiscal solicitó ante esta sala que procedía la estimación del recurso, dado que no procedía someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas.

### **Recurso de casación.**

#### **SEGUNDO** .- *Motivo único.*

Motivo primero y único.- Al amparo de lo prevenido en el art. 477.2.3.º de la LEC por infracción del art. 92.5 , 6 y 7 del Código Civil , al considerar que la Audiencia Provincial ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y custodia compartida, debiéndose acordar que esta medida no es la mejor manera de proteger a los menores. SSTS de 29 de abril de 2013 , SSTS 52/2015, de 16 de febrero , SSTS 449/15, de 15 de julio , SSTS 465/15, de 9 de septiembre , SSTS 5717/15, de 14 de octubre , SSTS 390/15, de 26 de junio , y las de 18 de noviembre de 2014 , 29 de noviembre de 2013 , 25 de abril de 2014 y 19 de julio de 2013 , SSTS de 1 de marzo de 2016 y SSTS 21 de diciembre de 2016 y SSTS de 5 de diciembre de 2016 , estas últimas en las que se considera que si la distancia entre los progenitores es considerable, el interés de los menores no recomienda la custodia compartida.

El fundamento angular del pronunciamiento de la sentencia que con el presente se recurre, es (fundamento jurídico segundo) que el Tribunal comparte el criterio de la juzgadora de instancia en cuanto al sistema de guarda y custodia compartida acordado en primera instancia, destacando que no hay infracción de las normas tuitivas respecto al menor y protección de sus derechos.

Se alega que no se ha respetado el interés del menor pues, dada la distancia de las residencias de los progenitores, no es aconsejable el sistema de custodia compartida.

Entiende la recurrente que la distancia es un elemento determinante para denegar la custodia compartida, solicitando que la custodia debería atribuirse a la progenitora.

#### **TERCERO** . *Decisión de la sala. La influencia de la distancia en la adopción del sistema de custodia compartida .*

Esta sala ha declarado en sentencia 115/2016, de 1 de marzo :

«La interpretación del artículo 92, 5 , 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 de la siguiente forma "debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los



informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea" ( STS 25 de abril 2014 ).

»Como precisa la sentencia de 19 de julio de 2013 : "Se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil ni el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar que saque de la rutina una relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos que, sin la expresa colaboración del otro, termine por desincentivarla tanto desde la relación del no custodio con sus hijos, como de estos con aquel". Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos. ( Sentencia 2 de julio de 2014. Rec. 1937/2013 ).

»El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

»Examinada, por esta Sala, la resolución recurrida a la vista de esta doctrina jurisprudencial, debemos declarar que se ha respetado escrupulosamente el interés del menor, eje que debe guiar las resoluciones judiciales y ello porque en la resolución recurrida no solo se tiene en cuenta la corta edad del menor, sino el trascendental dato de la distancia geográfica del domicilio de los progenitores (Cádiz-Granada).

»Realmente la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida con estancias semanales, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor máxime cuando está próxima su escolarización obligatoria, razones todas ellas que motivan la denegación del sistema de custodia compartida».

En sentencia 748/2016, de 21 de diciembre , se declaró:

«El hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida -por ser el más adecuado para el interés del menor- no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable. La propia parte recurrente afirma que se trata de "un concepto jurídico indeterminado, dejando el legislador en manos del poder jurisdiccional la difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido, habiéndonos dotado en los últimos años, con una enorme cercanía en el tiempo, de contenido práctico a ese principio mediante las resoluciones emanadas de la Sala Primera del Tribunal Supremo y que son las que consideramos han sido desconocidas por la sentencia recurrida".

»La Audiencia sí ha tenido en cuenta el interés de la menor como criterio prevalente a la hora de resolver, si bien no lo ha hecho en la forma en que lo entiende la parte recurrente. Dificilmente puede justificarse en tal caso que estemos ante un supuesto que presente interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, ya que tal doctrina impone la consideración de dicho interés, pero atendiendo al caso concreto. Resulta así que, aunque concurren varios de los requisitos que normalmente habrían de dar lugar al establecimiento del régimen de custodia compartida, existe una circunstancia que lo desaconseja por suponer una alteración de la vida normal de la menor, sobre todo cuando ya alcanza edad escolar, ya que ambos progenitores residen en poblaciones que distan entre sí unos cincuenta kilómetros y ello supondría que en semanas alternas la menor habría de recorrer esa considerable distancia para desplazarse al colegio».

En el mismo sentido la reciente sentencia 566/2017, de 19 de octubre , referida a la distancia entre Salamanca y Alicante.

De las referidas sentencias, que constituyen doctrina jurisprudencial, se deduce que la distancia no solo dificulta sino que hace inviable la adopción del sistema de custodia compartida, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida del menor, pues como alega el Ministerio Fiscal no



procede someter al menor a dos colegios distintos, dos atenciones sanitarias diferentes, y desplazamientos de 1.000 km, cada tres semanas, todo lo cual opera en contra del interés del menor, que precisa de un marco estable de referencia, alejado de una existencia nómada, lo que el padre, con evidente generosidad, parece reconocer en uno de los mensajes remitidos a la madre.

Por tanto se ha de entender que se infringe en la sentencia recurrida el artículo 92 del Código Civil, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el art. 2 Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio.

#### **CUARTO** .- *Atribución de la custodia* .

Concretado que no procede el sistema de custodia compartida, dada la distancia entre las residencias de los progenitores, esta sala debe resolver cuál de los progenitores debe ostentar la custodia del menor.

Analizado el informe psicosocial se puede apreciar:

1. Los dos progenitores mantienen habilidades parentales.
2. D.<sup>a</sup> Luz dispone de habilidades de planificación y tolera la frustración de forma adecuada.
3. D.<sup>a</sup> Luz tiene un estilo de personalidad abierto y mayor flexibilidad que D. Maximino .
4. D. Maximino no asume la realidad de la ruptura, planteándose una ilusoria reconciliación.

En estos elementos de juicio entiende la sala que procede fundar la atribución de la custodia a la madre (D.<sup>a</sup> Luz), si bien se reconoce la aptitud del padre (D. Maximino) para el desempeño de las funciones parentales.

La concreción del sistema de visitas, alimentos y medidas derivadas y necesarias tras un proceso de divorcio, en relación con el menor, se desarrollará en ejecución de sentencia por el Juzgado de Primera Instancia.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación y asumiendo la instancia, se atribuye la custodia del menor a la madre (D.<sup>a</sup> Luz). Se mantiene la sentencia recurrida, en los extremos no impugnados ni afectados por la presente sentencia.

#### **QUINTO** .- *Recurso extraordinario por infracción procesal* .

Estimado el recurso de casación, se hace innecesario analizar el recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que no procede hacer expreso pronunciamiento en las costas derivadas del mismo ( arts. 394 y 398 LEC ).

**SEXTO** .- No procede expresa imposición de costas en primera ni tampoco en segunda instancia.

No procede expresa imposición de costas de la casación ni del recurso extraordinario por infracción procesal, procediendo la devolución de los dos depósitos constituidos para recurrir.

### **FALLO**

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

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Luz contra sentencia de 30 de diciembre de 2016, dictada en la apelación 3322/2016, de la sección tercera de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa .

**2.º**- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de dejar sin efecto el sistema de custodia compartida, y se atribuye la custodia del menor a la madre (Dña. Luz). Se mantiene la sentencia recurrida, en los extremos no impugnados ni afectados por la presente sentencia.

**3.º**- La concreción del sistema de visitas, alimentos y medidas derivadas y necesarias tras un proceso de divorcio, en relación con el menor, se desarrollará en ejecución de sentencia por el Juzgado de Primera Instancia.

**4.º**- No procede expresa imposición de costas en primera ni tampoco en segunda instancia.

No procede expresa imposición de costas de la casación ni del recurso extraordinario por infracción procesal, procediendo la devolución de los dos depósitos constituidos para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.