



Roj: **STS 1792/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1792**

Id Cendoj: **28079110012017100272**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **103/2016**

Nº de Resolución: **296/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GC 1932/2015,**  
**STS 1792/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Ascension , representada por el procurador D. Marco Labajo González bajo la dirección letrada de D. Juan David García Pazos, contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2015 por la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria en el recurso de apelación núm. 242/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 233/2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria, sobre divorcio contencioso. Ha sido parte recurrida D. Sixto , representado por el procurador D. Juan Carlos Estévez Fernández Novoa y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> del Carmen Morales González. Es parte en el presente procedimiento el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- D.<sup>a</sup> Ascension , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Sixto en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«A) Declare la disolución del matrimonio decretando el divorcio del matrimonio contraído por doña Ascension y con don Sixto .

»B) Declare los efectos contenidos en el hecho sexto de esta demanda.

»C) Y una vez sea firme la sentencia, se libre mandamiento dirigido al Registro Civil de Las Palmas de Gran Canaria, para la inscripción de la misma.

»D) Condenar en costas al demandado, si con temeridad o mala fe se opusiere a lo que se pide».

2.- La demanda fue presentada el 22 de febrero de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Las Palmas de Gran Canaria y fue registrada con el núm. 233/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D. Sixto , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«Se dicte, en definitiva sentencia por la que acuerde haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio formado por doña Ascension y don Sixto , y como efectos derivados, acordarse lo siguiente:

» 1.º- Patria Potestad.- Acodar que las hijas menores de ambos progenitores, Rafaela , Alejandra y Estela queden bajo la patria potestad compartida de ambos, debiendo tomar de común acuerdo toda decisión



importante que afecte a éstas y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme a lo previsto en el artículo 156 del Código Civil .

»A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad: cambios de domicilio de las menores fuera de la residencia habitual y trasladarse al extranjero salvo viajes vacacionales, elección inicial o cambio de centro escolar y determinación de las actividades extraescolares o complementarias, así como tratamientos médicos psicológicos o similares y la realización de actos religiosos y el modo de llevarlos a cabo.

» **2.º- Guarda y Custodia.-** Acordar que las hijas menores de ambos progenitores, Rafaela , Alejandra y Estela , queden bajo la guarda y custodia compartida de ambos padres, doña Ascension y don Sixto , mediante el siguiente sistema:

»Semanal: Recoger a las menores en el Centro Escolar los lunes y entregarlas en respectivo centro escolar el siguiente lunes donde será recogido por el otro progenitor de forma alternativa. O en su caso, el que se señoría junto al Ministerio Fiscal previo Informe consideren más adecuado a la situación.

»Para el supuesto caso que el lunes sea festivo, el progenitor que le corresponda fin de semana verá ampliado éste hasta el martes.

»Período semanal: Los Martes y Jueves, desde la salida de la guardería o colegio, donde las recogerá hasta las 20:00 horas, reintegrando a las menores en el domicilio del otro progenitor.

»Período vacacional: En cuanto al régimen de vacaciones, se establece el siguiente:

»Navidad: Se dividirá en dos períodos. El primero comprendido desde el día de finalización de las clases a la salida del colegio, hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas; y el segundo, desde ese mismo día y hora hasta el reinicio de las clases a la entrada del colegio. Los años en donde el mes de diciembre corresponde con año par, será el padre quien escoja período, mientras que si corresponde con año impar, será la madre.

»Semana Santa: Se dividirá en dos períodos. El primero desde el día de finalización de las clases hasta el miércoles Santo a las 20:00 horas; y el segundo, desde ese mismo día y hora hasta el reinicio de las clases a la entrada del colegio. Los años correspondientes con año par, será el padre quien escoja periodo, mientras que si corresponde con año impar, lo hará la madre.

»Verano: Se dividirá en dos períodos. El mes de julio y el mes de agosto, Los períodos comprenden desde el día 1 del mes correspondiente a las 10:00 horas hasta el día 1 del siguiente mes a las 10:00 horas. Los años correspondientes con año par, será el padre quien escoja período, mientras que si corresponde con año impar, lo hará la madre.

»Tras este período, se reiniciará el sistema semanal.

»Los progenitores deberán comunicar con un mes de antelación el período vacacional a pasar con sus hijas, de no ser así estará obligado a estar con las menores el primera período.

»En fechas especiales como el día 6 de enero y cumpleaños de cada una de las menores, el progenitor que no le corresponda estar con ellas conforme al régimen expuesto, podrá disfrutar de ésta, durante cuatro horas por la tarde desde las 16 horas a las 20 horas.

» **3.º- Pensión de Alimentos.-** En consecuencia al establecimiento de una guarda y custodia compartida y contando ambos progenitores con recursos suficientes, ambos asumirán los gastos ordinarios que ocasionen sus hijas cuando se encuentren en su compañía y a mitad aquellos ordinarios que se ocasionen de forma extraordinaria.

» **4.º- Gastos Extraordinarios.-** Cada progenitor abonará el 50% de los gastos extraordinarios generados por las hijas comunes, entendiéndose como tales los no periódicos y no previsibles, entre los que se incluirán siempre los sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social.

» **5.º- Costas Judiciales.-** Las costas del presente procedimiento deberán ser impuestas a la parte actora en virtud de lo dispuesto en el art. 394 de la LEC .

»Subsidiariamente y para el exclusivo supuesto que la petición de una guarda y custodia compartida sea desfavorable, se solicita:

»Domicilio Conyugal o Familiar.- sito en la CARRETERA000 número NUM000 sea adjudicado al progenitor custodio.

»Guarda y Custodia.- Acordar que las hijas menores de ambos progenitores, Rafaela Alejandra y Estela , queden bajo la guarda y custodia EXC LUSIVA del padre don Sixto , medida que sería adoptada previo informe favorable emitido por el equipo psicosocial adscrito al Juzgado.



»Régimen de Visitas.- Como consecuencia a la guarda y custodia en exclusiva, se acordará un régimen de visitas para la progenitora no custodia que S.S<sup>a</sup> con informe del M.F., valore por conveniente, en donde se incluirán siempre fines de semana alternos de Viernes a Lunes, más días intersemanales con pernocta, compartiendo al 50% los periodos vacacionales como consta en el apartado 2.º- del *petitum* principal del presente escrito.

»Pensión de alimentos.- En el caso de una custodia exclusiva la pensión de alimentos dado los gastos de las menores debe estimarse en 300,00 euros mensuales. Que serán abonadas en los cinco primeros días del mes por el progenitor no custodio.

»Resto de medidas.- Que se establezcan el resto de medidas suplicadas en el *petitum* principal del presente escrito».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza Sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia de fecha 29 de diciembre de 2014 con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente la demanda, debo declarar y declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por Dña. Ascension y D. Sixto , el día 07 de mayo de 2005, en Santa Brígida. Firme que sea esta resolución, líbrese exhorto al Encargado del Registro Civil donde conste la inscripción del matrimonio de los cónyuges, para la práctica de las anotaciones correspondientes.

»Como medidas definitivas que regirán los efectos derivados de la disolución matrimonial sin perjuicio de las establecidas por imperativo legal, se decretan las siguientes:

»Primera: La patria potestad sobre las menores continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos progenitores. Este ejercicio conjunto supone que las decisiones importantes relativas al menor serán adoptadas por ambos progenitores de mutuo acuerdo, y en caso de discrepancia resolverá el Juzgado conforme al trámite previsto en el artículo 156 del Código Civil .

»A título indicativo son decisiones incluidas en el ámbito de la patria potestad entre otras las relativas a las siguientes cuestiones: cambio de domicilio del menor fuera del municipio de residencia habitual, elección inicial o cambio de centro escolar y determinación de las actividades extraescolares o complementarias, intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos, psicológicos o similares, que no sean de poca entidad tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro y; la realización de actos religiosos y el modo de llevarlo a cabo.

»Segunda: La guarda y custodia sobre los menores se ejercerá de forma compartida por ambos progenitores que se desarrollará por períodos semanales computados desde el viernes a la salida del colegio hasta el viernes siguiente al inicio de la jornada escolar. Los progenitores podrán adoptar decisiones respecto a las mismas sin previa consulta, en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida diaria de las menores puedan producirse.

»Tercera: El progenitor que no tenga a las menores esa semana en su compañía tendrá el derecho y la obligación de relacionarse y comunicar con sus hijas en la forma que acuerde con el otro progenitor, procurando ambos progenitores garantizar el interés y bienestar de las menores. Subsidiariamente, y a fin de asegurar el derecho irrenunciable de las menores a comunicarse con dicho progenitor se establece el siguiente régimen de visitas.

»a) Semana: Los lunes y miércoles desde las 16:00 hasta las 18:00 horas.

»b) Vacaciones de Navidad: se dividen en dos periodos, el primero va desde el día de inicio de las vacaciones escolares a la salida del colegio, donde se recogerá a las menores hasta el 31 de diciembre a las 20:00 horas, y el segundo que va desde este día y hora hasta el día de reanudación del curso escolar, reintegrando a las menores en el centro escolar. En los años pares elegirá periodo el padre y en los años impares lo elegirá la madre. Dicha elección se deberá comunicar al otro progenitor, por quien le corresponda, con al menos dos meses de antelación al inicio de las vacaciones escolares, y en caso de incumplimiento, se entenderá que renuncia a la elección correspondiendo la misma al otro progenitor, que no perderá su turno respecto al siguiente año.

»El progenitor al que no le corresponda tener a las menores podrá estar con ellas los días 25 de diciembre y 6 de enero desde las 16:00 horas hasta las 20:00 horas.

»c) Vacaciones de Semana Santa: se dividen en dos periodos; el primero va desde el día de inicio de las vacaciones escolares a la salida del colegio, donde se recogerá a las menores, hasta el Miércoles Santo a las 20:00 horas, y el segundo desde este día y hora hasta el día de reanudación del curso escolar, reintegrando a



las menores en el centro escolar. En los años pares elegirá periodo el padre y en los años impares lo elegirá la madre. Dicha elección se deberá comunicar al otro progenitor, por quien corresponda, con al menos dos meses de antelación al inicio de las vacaciones escolares, y, en caso de incumplimiento, se entenderá que renuncia a la elección correspondiendo la misma al otro progenitor, que no perderá su turno respecto al siguiente año.

»d) Vacaciones de Verano: se dividen en dos periodos,

»- El primer periodo abarca los siguientes días: del día 01 (a las 10:00 horas) hasta el día 16 de julio (a las 10:00 horas); y del día 31 de julio (a las 19:00 horas) hasta el día 16 de agosto (a las 10:00 horas).

»- El segundo periodo abarca los siguientes días: desde el día 16 de julio (a las 10:00 horas) hasta el día 31 de julio (19:00 horas), y desde el día 16 de agosto (a las 10:00 horas) hasta el día 31 de agosto (a las 19:00 horas).

»En los años pares elegirá periodo el padre y en los años impares lo elegirá la madre. Dicha elección se deberá comunicar al otro progenitor, por quien corresponda, con al menos dos meses de antelación al inicio de las vacaciones escolares, y, en caso de incumplimiento, se entenderá que renuncia a la elección correspondiendo la misma al otro progenitor, que no perderá su turno respecto al siguiente año.

»e) Durante los periodos vacacionales se suspende el régimen de custodia compartida semanal y los días de visitas semanal, reiniciándose una vez agotado el concreto periodo de vacaciones, por parte del progenitor al que le corresponda esa semana (o parte de la misma) por haber estado las hijas con el otro progenitor la semana anterior al inicio del periodo de vacaciones.

»f) Días especiales: El progenitor al que no le corresponda tener a las menores en su compañía al día de cumpleaños de las mismas podrá estar con ellas desde las 16:00 horas hasta las 20:00 horas.

»El día del cumpleaños de los progenitores o Día del Padre/Madre, el progenitor al que se refiera el día de la celebración, si no le corresponde tener a las menores en su compañía, podrá estar con ellas desde las 16:00 horas hasta las 20:00 horas.

»g) En cuanto a la entrega y recogida de las menores, en defecto de colegio (respecto al periodo de custodia compartida semanal) y respecto a los penados vacacionales, el progenitor que finalice la custodia semanal deberá llevar a las menores al domicilio del otro progenitor para que éste comience con sus días de custodia o comience el primer periodo vacacional. Por lo que se refiere al segundo periodo vacacional, será el que disfrutó el primer periodo el que lleve a las menores al domicilio del progenitor al que corresponda el segundo periodo vacacional. Finalizado el segundo periodo de vacaciones, si no le corresponde la custodia semanal de forma inmediata, deberá llevar a las menores al domicilio del otro progenitor para que se reinicie la custodia semanal. Respecto al día de visitas semanal, el progenitor al que corresponda las recogerá en el colegio y, si no hubiera, en el domicilio del progenitor custodio, y las entregará en este último. Ello sin perjuicio de lo que acuerden las partes.

»En caso de enfermedad de las menores, deberá ponerse en conocimiento inmediato del otro progenitor, quien podrá visitarlas allí donde se encuentren.

»Así mismo los progenitores podrán comunicarse telefónicamente con las menores en horario adecuado a la edad de las mismas.

»Y, todo ello, sin perjuicio de lo que libremente acuerden las partes y no sea perjudicial para las menores, ni perjudique sus actividades escolares o extraescolares.

»Cuarta: Respecto a la contribución de los alimentos de las hijas comunes:

»a) Cada progenitor contribuirá directamente a los alimentos, en sentido amplio, de las hijas durante el tiempo que estén bajo su guarda y custodia.

»b) Los gastos escolares de las menores tales como los de inicio del curso escolar (matrícula, libros, uniformes, y material escolar exigidos por el centro escolar), AMPA, transporte, mensualidades del colegio, actividades extraescolares deportivas o formativas, viajes escolares, estudios superiores, estancias en el extranjero o cualesquiera otro común de análoga naturaleza se sufragarán en un 50% por el padre y en un 50% por la madre, siempre que medie previa consulta al otro progenitor sobre la procedencia del gasto y acuerdo de ambos, o en su defecto, autorización judicial.

»c) La cuota de comedor escolar de las menores será abonada por el padre.

»d) Los gastos extraordinarios de las hijas comunes se sufragarán en un 50% por el padre y en un 50% por la madre, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, como gastos de enfermedad, prótesis ópticas o dentales, o cualquier otro gasto sanitario no cubierto por el Sistema Público de Salud de la Seguridad Social, siempre que medie previa consulta (salvo supuestos excepcionales urgentes

en que ello no sea posible) al progenitor no custodio sobre la procedencia del gasto y acuerdo de ambos, o en su defecto autorización judicial.

»Quinta: El uso de la vivienda familiar, situada en la CARRETERA000 n° NUM000 de DIRECCION000 , se atribuye a la esposa y a las hijas cuando se encuentren en su compañía.

»Sexta: La disolución del régimen económico matrimonial. No cabe hacer expresa imposición de las costas procesales».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.<sup>a</sup> Ascension .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 242/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 29 de septiembre de 2015 , cuyo fallo dispone:

«Desestimar recurso de apelación interpuesto en nombre y representación de Dña. Ascension por el procurador Sr. Villalobos Vega y asistida por el letrado Sr. García Pazos frente a la sentencia de fecha 29 de diciembre de 2014 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Las Palmas de Gran Canaria , la que se confirma en todos sus extremos, con la imposición de las costas a la parte apelante».

#### **TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D.<sup>a</sup> Ascension , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 92.5 y 8 del Código Civil en cuanto que la sentencia recurrida inobserva estos preceptos y la interpretación jurisprudencial de los mismos».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Ascension contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 29 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 3.<sup>a</sup>, en el rollo de apelación n.º 242/2015 , dimanante del procedimiento de divorcio contencioso n.º 233/2013, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de las Palmas de Gran Canaria».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 6 de marzo de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 26 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.-** *Resumen de Antecedente*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Ascension formuló demanda de divorcio contra don Sixto y postulo, como medida consecuencia de la disolución del matrimonio, la guarda y custodia de las tres hijas menores (la mayor tendrá al día de hoy 11 años de edad), con un régimen de visitas del padre.

Se fundó la petición en la mejor situación de la madre para atender a las hijas, dada la profesión de juez del padre, con un horario de trabajo más complejo.

El auto de medidas cautelares de fecha 19 de marzo de 2013 acordó la custodia compartida de las menores.

2.- La sentencia de primera instancia declaró la disolución por divorcio del matrimonio de las partes y acordó que la guarda y custodia de las menores se ejerciese de forma compartida por ambos progenitores.

Basó su decisión en el informe psicosocial y manifestaciones de quienes lo emitieron, vertidas en el acto de la vista.



De tal informe se desprende que el sistema de guarda y custodia compartida es el que mejor se adecua al superior interés de las menores, no constando que la presente situación familiar esté perjudicando a las mismas en su desarrollo integral.

Tiene en cuenta el informe las necesidades de las menores, atendiendo a su corta edad, el vínculo afectivo estable con ambos progenitores y su necesidad de contacto frecuente con ellos, así como la adaptación a la custodia compartida constatada en la presente evaluación.

**3.-** La parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso de apelación, y correspondió conocer de él a la sección tercera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que dictó sentencia el 29 de septiembre de 2015 por la que desestimó el citado recurso.

**4.-** En lo ahora relevantes contiene la siguiente motivación: (i) La custodia compartida tiene como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto ( STS 30 de octubre de 2014 ); (ii) Sin embargo no se exige un acuerdo sin fisuras, sino una actitud razonable y eficiente en orden al desarrollo del menor, así como unas habilidades para el diálogo que se han de suponer existentes en dos profesionales ( STS 15 de febrero de 2015 ); (iii) Es cierto que el informe psicosocial pone de manifiesto que las malas relaciones entre los progenitores influyen en las niñas pero, no obstante, aconseja el mantenimiento de la guarda compartida, que se sigue como régimen desde que se acordó en el auto de medidas provisionales; (iv) Por ello ha de confirmarse la valoración que hace la sentencia de primera instancia del informe psicosocial; (v) Las relaciones entre los padres no son buenas, pero no constan incidencias relevantes relacionadas con las menores. Esto justifica que no se ponga el acento en esas relaciones sino en el beneficio que supone el régimen de custodia compartida para las menores en atención a las buenas relaciones que estas tienen con sus progenitores y sus respectivas parejas, en condiciones de vida cómodas, estables y saludables, con total adaptación; (vi) Las únicas incidencias objetivadas en el procedimiento han sido propiciadas por la parte actora: Una denuncia por unos malos tratos frente a quien fuera su marido, que resultó sobreeséda por resolución judicial firme. Una diferencia relativa al comedor escolar, por alegar que las niñas no acuden a dicho comedor mientras se encuentran en compañía del padre.

**5.-** La parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación al amparo del art. 477.2.3.ª LEC, articulando un sólo motivo.

Motivo Único.- Infracción de la doctrina jurisprudencial de la sala en materia de custodia compartida, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo 585/2015, de 21 de octubre y 43 42/2014, de 30 de octubre .

En el desarrollo del motivo alega que la sentencia recurrida acuerda mantener el régimen de custodia compartida a pesar de declarar que, según el informe psicosocial, las malas relaciones entre los padres afectan a las menores.

**6.-** La Sala dicto auto el 16 de noviembre de 2016 en el que acordó admitir el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida formuló oposición al recurso.

**7.-** El Ministerio Fiscal se opuso también el recurso por no contradecir la sentencia recurrida la doctrina de esta sala.

Las desavenencias entre los progenitores sobre puntos concretos de la organización de la vida cotidiana de las menores, como es el tema del comedor escolar, no tienen trascendencia suficiente para impedir este régimen de custodia frente al claro beneficio que supone para ellas compartir la vida con su padre y su madre.

**SEGUNDO.- Consideraciones relevantes sobre la guarda y custodia compartida.**

**1.-** La sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida ( SSTS 4 de febrero de 2016 ; 11 de febrero de 2016 ; 9 de marzo de 2016; 433/2016 , de 27 de junio).

**2.-** A partir de la bondad del sistema la cuestión a dilucidar en cada caso será si ha primado el interés del menor al decidir sobre su guarda y custodia.

Este interés, que ni el artículo 92 CC ni el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , desarrollada en la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia, 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 ( SSTS de 19 de julio de 2013 ; 2 de julio de 2014 ; 9 de septiembre de 2015 ).

**3.-** En íntima relación con ese interés es cierto que la sentencia de 30 de octubre de 2014, RC. 1359/2013 , a que hace mención la de 17 de julio de 2015, RC. 1712/2014 , afirma que «Esta Sala debe declarar que



la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura efectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad». Pero ello no impide a que la existencia de desencuentros, propios de la crisis matrimonial, no autoricen per se este régimen de guarda y custodia, a salvo que afecten de modo relevante a los menores en perjuicio de ellos.

Para que la tensa situación entre los progenitores aconseje no adoptar el régimen de guarda y custodia compartida, será necesario que sea de un nivel superior al propio de una situación de crisis matrimonial ( STS de 16 de octubre de 2014, Rc. 683/2013 ).

Insisten en esa doctrina las sentencias 433/2016, de 27 de junio , y 409/2015, de 17 de julio .

### **TERCERO.- Decisión de la Sala**

1.- En principio podría decidirse, desde una estricta técnica casacional, desestimar el recurso por inadmisión, pues cuando se debate la guarda y custodia compartida ( STS 30 diciembre 2015, Rc. 415/2015 ) : «La doctrina de la sala .... es reiterada en el sentido que en estos recursos sólo puede examinarse si el juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda ( SSTS 614/2009, de 28 de septiembre , 623/2009, de 8 de octubre , 469/2011, de 7 julio , 641/2011, de 27 de septiembre y 154/2012, de 9 de marzo , 579/2011, de 22 de julio , 578/2011, de 21 julio y 323/2012, de 21 mayo ). 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» ( STS 27 de abril 2012 , citada en la STS 370/2013 ). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

La sentencia recurrida, en sintonía con la doctrina de esta sala, ha tenido en cuenta la bondad del sistema y ha valorado el interés de las menores a partir, en esencia, del informe psicosocial que obra en autos y manifestaciones de sus autores vertidas en el acto de la vista.

Tiene declarado la sala que las conclusiones del informe psicosocial deben ser analizadas y cuestionadas jurídicamente, en su caso, por el tribunal, cual ocurre con los demás informes periciales en los procedimientos judiciales, si bien la sala no es ajena a la importancia y trascendencia de este tipo de informes técnicos ( SSTS de 18-1-2011, Rc. 1728/2009 ; 9-9-2015, Rc. 545/2014 ; 135/2017 , de 28 de febrero ).

Así ha obrado el tribunal de apelación, pues ha valorado el informe psicosocial a fin de indagar y motivar si sufría el interés superior de las menores en el caso de que se decidiese la guarda y custodia compartida.

Razona que no existe tal peligro y, de ahí, que hagamos esta consideración inicial.

2.- No obstante, y si se entra en valoraciones jurídicas relativas al tema debatido, se ha de reafirmar la Sala en la desestimación del recurso:

(i) El régimen de guarda y custodia compartida es beneficioso para las menores por tener estas buenas relaciones con sus progenitores y la respectivas parejas de estos, así como por tener unas condiciones de vida cómodas, estables y saludables, con total adaptación al sistema.

(ii) La objeción, que es el motivo del recurso, consiste en que el informe psicosocial pone de manifiesto que las malas relaciones entre los progenitores influyen en las niñas.

(iii) Que así sea no puede extrañar, pues los hijos sufren con frecuencia las consecuencias de las crisis matrimoniales de sus padres, pero no debe ser relevante y grave tal influencia cuando el propio informe aconseja, pese a lo anterior, el mantenimiento de la guarda y custodia compartida que se acordó provisionalmente en las medidas cautelares.

(iv) La sentencia recurrida lo que reconoce es la inexistencia de incidentes relevantes relacionados con las menores, de modo directo o indirecto, a pesar de no ser buenas las relaciones entre los progenitores.

No existe ningún dato en el procedimiento del que pueda inferirse una situación de peligro o riesgo para las menores si se acuerda el régimen de guarda y custodia compartida, que ya se sigue aunque sea provisional.

La denuncia de malos tratos presentada por la recurrente contra el recurrido resultó sobrepasada por resolución firme.

Las diferencias sobre si las menores deben acudir o no al comedor escolar cuando se encuentran bajo la custodia del padre, no pasan de ser una divergencia razonable ( sentencia 96/2015, de 16 de febrero ), pero



sin entidad o relevancia como para influir en un régimen de guarda que les resulta beneficioso, según lo ya expuesto.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la recurrente las costas del recurso.

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

**ha decidido**

**1.-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.<sup>ª</sup> Ascension contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2015 por la sección 3.<sup>ª</sup> de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria . **2.-** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. **3.-** Imponer a la recurrente las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ