



Roj: **STS 2833/2018 - ECLI:ES:TS:2018:2833**

Id Cendoj: **28079110012018100458**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2018**

Nº de Recurso: **5231/2017**

Nº de Resolución: **482/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 482/2018**

Fecha de sentencia: 23/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5231/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Málaga, sección 7.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 5231/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 482/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 23 de julio de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 10 de noviembre de 2017, por la Audiencia Provincial de Málaga, sección 7.<sup>a</sup> con sede en Melilla, en el rollo de apelación 106/2016, dimanante del juicio sobre guarda, custodia y alimentos 7/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Melilla.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.<sup>a</sup> María Angustias Garnica Montoro, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Bárbara .

Ha comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.<sup>a</sup> María Isabel Herrera Gómez, en nombre y representación de don Ernesto .

Interviene el Ministerio Fiscal.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Isabel M.<sup>a</sup> Herrera Gómez, en nombre y representación de D. Ernesto , formuló demanda de guarda, custodia y alimentos de hijo menor no matrimonial contra D.<sup>a</sup> Bárbara y suplicó al Juzgado:

«1a.- La Atribución de la guarda y custodia del menor, a su padre, siendo la patria potestad compartida.

»Ambos progenitores participarán en las decisiones que con respecto al hijo se tomen en el futuro, siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Para dichas cesiones, en especial las que afecten a aspectos tan trascendentales como a la fijación del lugar de residencia del menor y los posteriores traslados de domicilio que le aparten de su entorno habitual, precisará el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial.

»Asimismo se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro.

»2a.- El establecimiento del siguiente régimen de visitas para la madre:

»Fines de semana alternos, comenzando desde las 18.00 horas del viernes hasta las 20:00 de la tarde del domingo, así como las tardes de los martes y jueves de todas las semanas, desde las 17:30 horas hasta las 20:00 horas.

»Si se diera la situación de "puente" o un festivo unido al fin de semana, el menor estará en compañía de aquél progenitor al que correspondiera ese fin de semana.

»Igualmente, se establece en su favor el derecho a tener en su compañía el menor la mitad de los períodos de vacaciones de que disfrute, coincidentes con las épocas de Navidad, Semana Santa, y verano.

»- Navidad: comenzará el primer periodo a las 13:30 horas del día 22 de diciembre hasta las 21:00 horas del día 30 de diciembre y el segundo ciclo desde dicho instante hasta las 21:00 horas del día 7 de enero.

»No obstante lo anterior, el día de Reyes siempre será compartido. Esto es, dicho día estará desde las 16.00 hasta las 20:00 horas con el progenitor que no le haya correspondido este periodo; debiendo recogerlo y reintegrarlo en el domicilio del progenitor con el que se encuentre.

»- semana santa:

»Antes de la escolarización. se dividirá en dos periodos, el primero comprendido entre el Viernes de Dolores a las 20:00 horas hasta el Miércoles Santo a las 12:00 horas; y el segundo periodo, comprendido desde el Miércoles Santo a las 12:00 horas hasta el Domingo de Resurrección a las 20:00 horas.

»Una vez escolarizado el menor: el primer periodo irá desde las 20:00 horas del día en que se inicien las vacaciones escolares, hasta las 12:00 horas del miércoles santo y el segundo periodo desde dicho instante hasta las 20:00 horas de la tarde del día inmediato anterior al inicio de la actividad escolar.

- En verano: Los meses de julio y agosto se dividirán en quincenas, correspondiendo los periodos siguientes:

»Primer periodo de julio: desde las 11.00 horas del día 1 de julio hasta las 21.00 horas del día 15 de julio y el segundo periodo de julio: desde las 21.00 horas del día 15 de julio hasta las 11.00 horas del día 1 de agosto.



»Primer periodo de agosto: desde las 11.00 horas del día 1 de agosto hasta las 21.00 horas del día 15 de agosto y el segundo periodo de agosto: desde 21 horas del día 15 de agosto hasta las 21. 00 horas del día 31 de agosto.

»Siempre que el niño salga fuera de la ciudad de Melilla el progenitor con el que se encuentren deberá comunicar (por correo electrónico, teléfono...) al otro esta circunstancia, así como el sitio y lugar al que vaya. Si el menor se encontrase enfermo, deberá, igualmente, comunicarse al otro progenitor.

»En los años impares, a la madre le corresponderá estar con su hijo en los primeros periodos vacacionales, y al padre en los segundos; y en los años pares, será el padre el que esté con su hijo en los primeros periodos vacacionales, y la madre en los segundos. Día del padre y de la madre, por su especial trascendencia, el menor lo pasara en compañía del progenitor que celebre su día desde las 12.00 hasta las 20:00 horas si es que no le correspondiese estar con el pequeño.

Cumpleaños del hijo, lo pasará con el progenitor custodio hasta las 17:00 horas, recogiendoles a esa hora el otro progenitor para que puedan disfrutar de su compañía hasta las 20:30 horas.

»3a.- En concepto de alimentos para el menor, la madre abonará mensualmente la

cuantía de ciento cincuenta euros (150 ?). Esta cantidad se ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe el progenitor custodio. Esta cantidad se actualizará a primeros de cada año conforme al I.P.C. que publique el Instituto Nacional de Estadística.

»Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad (gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social y gastos no previstos).

»Con carácter subsidiario o alternativo.

»A.- El establecimiento de una guarda y custodia compartida. Ello, en los siguientes se ejercerá alternativamente cada dos meses (periodos de enero-febrero, marzo-abril, mayo-junio, julio-agosto, septiembre-octubre, y noviembre-diciembre). No obstante los meses de julio y agosto corresponderán un mes a cada uno de los progenitores correspondiendo el mes de julio al que no le haya correspondido el anterior de mayo-junio. Empezará la madre con el ejercicio de esta guarda y custodia a desde del primer bimestre que siga a la fecha de Sentencia.

»B.- La patria potestad, igualmente, compartida.

»C.- En cuanto al régimen de visitas, el progenitor que durante el bimestre no le corresponda la custodia podrá visitar al menor los fines de semana alternos desde las 10.00 horas del domingo hasta las 21:00 horas del domingo. Ello, excepto los meses de enero, julio, agosto y diciembre. Atendiendo al régimen de guarda y custodia compartida no se establece régimen

vacaciones.

»D.- Conforme a la guarda y custodia compartida que se solicita cada parte procurará los alimentos del menor durante los periodos que le corresponda, así como la totalidad de sus gastos. Serán por mitad los gastos extraordinarios.

»En el caso de que no se estableciera la guarda y custodia del menor para el padre ni la guarda y custodia compartida (esto es, que ésta fuese atribuida a la madre) se interesaría, al menos, que se consideren de aplicación también para el padre las mismas medidas aquí solicitadas (visitas y alimentos, medidas 2a y 3a) para la madre.»

**2.-** Admitida a trámite la demanda por decreto de 23 de enero de 2015, se dio traslado a las partes para su contestación.

**3.-** La procuradora D.<sup>a</sup> Cristina Pilar Cobreros Rico, en nombre y representación de D.<sup>a</sup> Bárbara , contestó a la demanda formulada y suplicó al Juzgado:

«que, teniendo por presentado este escrito junto con sus copias se sirva admitirlo, y convocar a las partes y a al Ministerio Fiscal a la comparecencia prevista en el art. 771 de la LEC , al que se remite el art. 773 del mismo texto legal ; y en su día dictar resolución en la que se adopten las siguientes medidas provisionales:

»- Que se adjudique a ambos progenitores la patria potestad del menor.

»- Que la guarda y custodia del menor se atribuya a la madre, D.a Bárbara .

»- Que se atribuya a D. Ernesto el uso del que fuera domicilio familiar

»- Que se adopte el régimen de visitas solicitado por esta representación, el cual viene detallado en el Hecho Noveno de la presente Contestación, teniéndolo por reproducido.



»- Que se fije como pensión alimenticia la cantidad de Quinientos Euros (500,00 ?), suma que deberá abonar el padre, D. Ernesto , dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que designe la demandada a tal efecto. Dicha cantidad será actualizable conforme a la variación del I.P.C.

»Que los gastos extraordinarios deberán ser abonados por mitad entre ambos progenitores, entiendo por tales aquellos gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social o cualquier otro sistema de previsión, gastos de actividades y material escolar, necesidad de ortodoncia, gafas, y en general cualquier otro tipo de gasto no previsible ni ordinario.»

**4.-** El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 5 de Melilla dictó sentencia el 28 de julio de 2016 con la siguiente parte dispositiva:

«Estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de D. Ernesto , frente a Dña. Bárbara , acuerdo las siguientes medidas que ha de regir respecto del hijo habido de su relación:

»1. La patria potestad, así como la guarda y custodia del hijo común, Constantino , será compartida entre ambos progenitores.

»El reparto del tiempo de custodia se hará, en un principio, atendiendo a principios de flexibilidad y al mutuo entendimiento entre los progenitores.

»A falta de acuerdo, el reparto del tiempo será semanal, siendo el día de intercambio el viernes que el progenitor que ostenta la custodia dejará al menor en la guardería o el centro escolar, haciéndose ya cargo esa semana el otro progenitor y así sucesivamente de forma alternada. Si fuese festivo el viernes, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño lo dejará en el domicilio del otro.

Igualmente, y hasta que el menor cumpla cuatro años, el progenitor con el que no conviva el hijo la semana de que se trate lo tendrá en su compañía dos días intersemanales, concretamente los martes desde la salida de la guardería o centro escolar hasta la entrada al mismo los jueves.

»Los periodos vacacionales de Semana Santa y Navidad se dividirán por mitad entre ambos progenitores, siendo por quincenas alternas en el caso de los periodos vacacionales de verano, pudiendo elegir el periodo concreto, a falta de acuerdo, los años pares el padre y los impares la madre.

»2. Ambos progenitores satisfarán directamente los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%. Entendiéndose por tales gastos extraordinarios los necesarios, no periódicos e imprevisibles, esto es, los que sobrepasan el régimen ordinario de alimentos, vestido, vivienda, ocio, salud y educación, que surgen de una especial situación ocasional que debe afectar a esferas de indudable

importancia para el hijo. En cuanto a otros gastos que podrían ser convenientes, pero que no

son necesarios, como los de naturaleza extraescolar, deberán ambos progenitores consensuar su concertación y devengo. En caso de desacuerdo habrán de intentar un proceso de mediación, y sólo si éste fracasa, recabar del juzgado la decisión judicial dirimente.

»No se hace pronunciamiento de condena en costas, de forma que cada parte pagará las suyas y las comunes por mitad.»

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

**1.-** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de d.ª Bárbara , correspondiendo su tramitación a la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Melilla, que dictó sentencia el 10 de noviembre de 2017 con la siguiente parte dispositiva: «Estimamos parcialmente el Recurso de Apelación interpuesto por doña Bárbara , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Heredia Martínez, contra la sentencia de fecha 28/7/16 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n.º 5 de Melilla , en autos de Guarda, Custodia y Alimentos n.º 7/15, y revocándola de igual modo, acordamos:

»1º- dejar sin efecto el sistema de guarda compartida establecido;

»2º- atribuir la guarda y custodia del menor Constantino a don Ernesto ;

»3º- establecer en favor de doña Bárbara el régimen de visitas especificado en el fundamento de Derecho 4º, que damos por reproducido;

»4º- fijar como alimentos para el menor, de cargo de la madre, la cantidad de 300?, que será abonada dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto deberá facilitar el padre, cantidad que será revisada anualmente con arreglo al IPC. Los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales los que, siendo necesarios, no sean previsibles, serán abonados por los progenitores al 50%.»

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

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de D.<sup>a</sup> María Angustias Garnica Montoro, con base en dos motivos:

Motivo primero.- por infracción del artículo artículo 2.1.º, 2.º, 2.º 3.º y 2.º 4.º de la LO 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 25/2015 de 28 de julio sobre Modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la adolescencia,

Motivo segundo.- por infracción del artículo 2.º de la LO 1/96 de 15 de enero de protección jurídica del menor en relación al artículo 94 (párrafo primero) del CC, por aplicación indebida de tales preceptos y por vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia del interés superior del menor y la necesidad de que éste tenga un contacto lo más amplio posible con el progenitor no custodio, sobre todo en supuestos de lejanía en las residencias del padre y de la madre, y también por vulneración del principio del reparto equitativo de las cargas en relación a los gastos de los viajes del menor

2.- La sala dictó auto el 14 de marzo de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Bárbara, contra la sentencia dictada, con fecha 10 de noviembre de 2017, por la Audiencia Provincial de Málaga, sección 7.ª con sede en Melilla, en el rollo de apelación 106/2016, dimanante del juicio sobre guarda, custodia y alimentos 7/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Melilla.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días para que la parte recurrida personada ante esta sala, formalice su oposición por escrito, encontrándose las actuaciones a su disposición en Secretaría. Transcurrido el plazo dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal a los mismos efectos.»

3.- Dado traslado a las partes, el ministerio fiscal en su informe emitido el 22 de marzo de 2018, impugnó el primer motivo del recurso de casación y la primera impugnación contenida en el segundo motivo del recurso, interesando que la sentencia debería ser confirmada la sentencia en estos puntos.

4.- La representación procesal de D. Ernesto, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****PRIMERO.**- *Resumen de antecedentes.*

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

1.- El demandante y la demandada mantuvieron durante aproximadamente dos años una relación de pareja de la que nació un hijo, llamado Constantino, el día 5 de abril de 2014.

Tras la ruptura de la relación afectiva entre la pareja se instó por el actor la regulación de las relaciones paternofiliales.

2.- La sentencia de primera instancia de 28 de julio de 2016, a partir de las pruebas practicadas y con especial relevancia del informe psicosocial emitido por el equipo psicosocial adscrito a los juzgados de Melilla, optó por establecer el sistema de guarda y custodia compartida.

Ante la alegación de la madre de su intención de trasladarse de Melilla a la ciudad de Murcia, con lo que sería inviable la custodia compartida, el juzgado mantuvo que era un hecho futuro y, por tanto, quedaba extramuros del proceso.

Reguló la citada sentencia, en estrecha relación con el régimen de guarda y custodia establecido, lo relativo al reparto del tiempo de la custodia y a las obligaciones de ambos progenitores respecto a los alimentos del menor.

3.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que conoció la sección n.º 7 de la Audiencia Provincial de Málaga con sede en Melilla.

La sentencia de la audiencia se dictó el 10 de noviembre de 2017 y, con revocación de la de primera instancia, decidió los siguientes:

1.º- dejar sin efecto el sistema de guarda compartida establecido;

2.º- atribuir la guarda y custodia del menor Constantino a D. Ernesto;

3.º- establecer en favor de D.<sup>a</sup> Bárbara el régimen de visitas especificado en el fundamento de derecho 4.º, que damos por reproducido;





4.º- fijar como alimentos para el menor, de cargo de la madre, la cantidad de 300?, que será abonada dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto deberá facilitar el padre, cantidad que será revisada anualmente con arreglo al IPC. Los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales los que, siendo necesarios, no sean previsibles, serán abonados por los progenitores al 50%.

**4.-** La sentencia de la audiencia, extensa y muy motivada, sigue una ordenada metodología para razonar su decisión:

(i) No se trata ya de dilucidar sobre si cabe mantener el régimen de guarda y custodia compartida que decidió la sentencia de primera instancia, pues éste, a partir del traslado voluntario de la madre de la ciudad de Melilla, hace inviable el régimen.

Se trata, por tanto, de determinar cual de los progenitores es el más adecuado para asumir la custodia del menor.

(ii) A tal fin valora el informe psicosocial emitido en la primera instancia, así como el interesado en la segunda instancia como actualización de aquél.

(iii) La situación de distancia física del menor y la madre, creada unilateralmente por ésta, no se valora como reproche hacia ella en orden a su libertad ( sentencia de la sala de 26 de octubre de 2012, rec. 1238/2011 ), sino como dato a la hora de analizar el interés del menor ( sentencia 440/2014, de 21 de octubre ).

(iv) Tras un minucioso y meticuloso análisis de ambos informes psicosociales, teniendo como guía el interés del menor, no encuentra el tribunal de apelación diferencias esenciales entre ellos, por lo que la opción materna, desaconsejada entonces, tampoco obtiene aprobación en el segundo, actualizado para la segunda instancia.

(v) Tras las anteriores consideraciones, el tribunal, literalmente, llega a las siguientes conclusiones:

«1º- no ha existido una razón objetiva que justifique el cambio de criterio de la madre respecto al traslado de residencia;

»2º- por el contrario, dicha decisión aparece como el resultado de su postura poco favorecedora del contacto entre padre e hijo o, al menos, como manifestación de la poca importancia atribuida a tal relación;3º- no existe prueba alguna de que el cambio favorezca al

menor. Antes bien, por efecto del traslado se habría de producir una situación forzada de "desubicación" que podría haberse evitado con la permanencia de la madre en la ciudad de Melilla por el tiempo preciso para que el menor tuviese una edad que evitase el efecto de tal situación;

»4º- no ha habido modificación en cuanto a la consideración por parte del equipo psicosocial que desaconsejaba el régimen de guarda exclusiva por parte de la madre.

»En atención a tales conclusiones, nuestra decisión no puede ser otra que la de atribuir la guarda y custodia, en exclusiva, al padre, y establecer un régimen de visitas siguiendo al efecto las pautas aconsejadas en el informe psicosocial emitido con motivo de esta alzada.

»Así, se indica que, como es obvio, el referido régimen ha de adaptarse a la distancia entre los domicilios, en este caso entre Melilla y Murcia, debiendo atenderse a la disponibilidad del no custodio.

»Es preciso implicar a ambos progenitores en todos los traslados, aspecto que implica una previsión sobre el aspecto económico.

»Es necesario evitar que los desplazamientos sean frecuentes, puesto ello puede generar inestabilidad e incomodidad para el menor. Por otra parte, y dada su edad actual, los períodos de estancia con su madre habrán de guardar el debido equilibrio entre las necesidades evolutivas del pequeño y la salvaguarda de aquélla como figura de apego. En este sentido, se aconseja -dice el informe- favorecer los contactos con el no custodio mediante un sistema flexible de visitas durante el curso escolar o períodos ordinarios, que puede incluir varios fines de semana al mes, así como la

facilitación de otras visitas cuando el progenitor no conviviente pueda desplazarse al lugar de residencia del custodio. «Esta flexibilidad debe referirse siempre a la propia disponibilidad del progenitor no custodio y no debe limitarse a un lugar concreto u horario restringido de recogida o entrega del menor (Ej: a través del centro escolar y acorde a los horarios lectivos), sino que los intercambios deben ser facilitados por el custodio en la medida de lo

posible y lo razonable».

»Asimismo en los períodos vacacionales, las visitas serán más extensas, si bien, siguiendo en lo posible las pautas ya indicadas, no se impondrá el alejamiento del progenitor custodio durante más de una semana.

»Por último, el régimen conllevará facilitar los medios tecnológicos, como teléfono e internet.

»En consecuencia, y atendiendo en la medida de lo posible a las expuestas pautas, se establece un régimen de visitas en los siguientes términos:

»1.º - mediando acuerdo con el padre, la madre podrá visitar y tener consigo al menor en los períodos y términos que convengan, siempre que ello no suponga perjuicio alguno para la salud, educación o vida ordinaria del menor;

»2.º - en defecto de acuerdo, la madre podrá visitar y tener

consigo al menor:a)- los fines de semana alternos desde la finalización de las actividades preescolares, o escolares en su momento, del Viernes hasta las 21 horas del Domingo siguiente. »De tratarse de un fin de semana extenso por ser fiesta el Viernes o el Lunes, el comienzo sería el Jueves o el fin el Lunes, en su caso. Para los "puentes" diferentes a los anteriores, se atenderá a si el día intermedio no festivo es lectivo o no. Caso de no serlo, se aplicará la regla anterior anteponiendo la recogida un día o finalizando la visita el último festivo. En caso contrario se considerará un fin de semana normal (Viernes a Domingo) , salvo que otra cosa acuerden los progenitores;

»b)- la mitad de las vacaciones de Navidad, dividiendo los días de vacaciones del menor en dos períodos iguales. Corresponderá a la madre la elección del período que prefiera el primer año, alternándose sucesivamente la preferencia a partir de ese momento;

»c)- la mitad de las vacaciones de Semana Santa, siendo aplicable en cuanto a los períodos igual regla que la del apartado b);

»d)- la mitad de las vacaciones de Verano del menor. Entendiendo que dicho período comprende 10 semanas, contadas desde la finalización del curso escolar, corresponderán 5 a la madre, debiéndose observar en su distribución las siguientes reglas:

»1- cada progenitor tendrá derecho a que al menos 2 de esas semanas coincidan con sus (del progenitor) propias vacaciones;

»2- las 5 semanas se dividirán en dos periodos, uno de 2 y otro de 3, o, habiendo acuerdo, en dos períodos de 2 y uno de una, debiendo mediar al menos una semana -en que el menor permanecerá con el otro progenitor- entre período y período;

»3- a falta de acuerdo, la madre elegirá el primer año las semanas correspondientes, alternándose la preferencia a partir de ese momento. La elección deberá ser comunicada al otro progenitor con un mes de antelación al inicio de las vacaciones del menor;

»3º- para facilitar la aplicación del régimen expuesto, dadas las dificultades que para ir y volver representa la distancia entre Melilla y Murcia, las entregas y recogidas del menor tendrán lugar en la ciudad de Málaga, bien en el aeropuerto, estación marítima o, en su caso, en el lugar que conviniesen los progenitores, pudiéndose, caso de ser necesario, solicitar la intervención del correspondiente Punto de Encuentro. Los horarios fijados en el apartado 2 a) se adaptarán en función del de los medios de transporte utilizados. La imposibilidad de viajar deberá ser comunicada de inmediato al otro progenitor, así como al Juzgado, exponiendo y justificando el motivo que la provoca. Los gastos de viaje realizados en balde que pudieran haber sido evitados por medio del referido aviso, serán de cargo del progenitor que, pudiendo haberlo advertido, no lo hubiese hecho por causa no justificada;

»4º- los gastos de viaje del padre serán sufragados por éste en tanto los del menor lo serán por la madre. No obstante, los títulos de viaje del menor serán siempre reservados y obtenidos por el padre con la bonificación por residencia correspondiente, sin perjuicio de que deban ser reembolsados por la madre, una vez conocido y justificado su importe, mediante ingreso mensual, diferenciado de la pensión alimenticia, en la misma cuenta en que lo sea ésta. De ser necesario, el padre facilitará a la madre, cuando proceda, el código de reserva del título de viaje del menor;

»5º- el padre facilitará la comunicación entre madre y menor por medio del teléfono u otro dispositivo electrónico transmisor de datos, sin que ello pueda suponer alterar los horarios y rutinas del niño. Si así lo requiriese la comunicación, vendrán obligados los progenitores a intercambiar las correspondientes direcciones de correo electrónico.

»Por lo que respecta, por último, a los alimentos, la madre abonará la cantidad de 300? mensuales, que será satisfecha dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta corriente que al efecto deberá facilitarse y será revisada anualmente con arreglo al IPC.



»Los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales los que, siendo necesarios, no sean previsibles, serán abonados por los progenitores al 50%.»

5.- La representación procesal de la parte demandada interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo del art. 477. 2. 3.º y art. 477. 3, ambos de la LEC, en los términos que se expondrán más adelante.

6.- La sala dictó auto el 14 de marzo de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso.

7.- El Ministerio Fiscal emitió informe en el que se solicita la confirmación de la sentencia recurrida, con la salvedad de que se declare que los gastos del traslado del menor se realicen al 50% por ambos progenitores.

#### **SEGUNDO.-** *Primer motivo.*

Se interpone por infracción del artículo artículo 2.1º. 2.2º. 2.3º v 2.4" de la LO 1/96 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley 25/2015 de 28 de julio sobre Modificación del sistema de Protección a la Infancia y a la adolescencia, en cuanto define el interés superior del menor, así como los criterios generales a tener en cuenta para su interpretación y aplicación junto con los elementos para su ponderación, y primacía sobre otros intereses concurrentes, Por infracción del artículo 39 de la Constitución española sobre la protección a la infancia por los Poderes Públicos, la asistencia de sus padres y en general la protección a los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. También por infracción de los artículos 92.6 y 159 CC, por aplicación indebida de tales preceptos y en contradicción con la Doctrina y Jurisprudencia del Tribunal Supremo que consagra el interés del menor como principio básico para la determinación del mejor sistema de Guarda y Custodia, que debe primar por encima de cualquier otro interés, según sentencia n.º 748/2014 de 11 de diciembre; sentencia n.º 566/2017 de 19 de octubre; sentencia n.º 550/2017 de 11 de octubre; sentencia n.º 961/2011 de 10 de enero; sentencia n.º 529/2017 de 27 de septiembre. sentencia n.º 579/2017 de fecha 25 de octubre.

En el desarrollo del motivo la recurrente expone unas alegaciones que, al amparo del interés del menor, hace una crítica de las conclusiones que alcanza el tribunal con el pretexto de que se sustituyan por la propias.

#### **TERCERO.-** *Decisión del motivo.*

1.- Ante todo cabe decir que los recursos, cualquiera que sea su modalidad, se interponen contra la sentencia del tribunal y no en relación con el voto particular de alguno de sus componentes; por lo que la revisión descansa en los razonamientos de la sentencia decisoria.

2.- Respecto del régimen de guarda y custodia de los menores, ya sea como compartida, ya monoparental, esta sala viene reiterando (sentencias 301/2017, de 16 de mayo, 470/2017, de 19 de julio, 194/2018, de 6 de abril, entre otras) que la revisión de casación 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» (STS 27 de abril 2012).

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.

El tribunal ha valorado la prueba y considerado que lo más adecuado para el menor era confiarlo a la custodia del padre, motivando pormenorizadamente las razones para ello, no en interés del progenitor custodio, como alega la recurrente, sino en interés del menor, con un fuerte apoyo en los informes psicosociales.

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, rec. 1728/2009; 9 de septiembre de 2015, rec. 545/2014; 135/2017, de 28 de febrero).

Así ha obrado la citada sentencia pues ha valorado el informe psicosocial a fin de indagar y motivar el interés del menor, en conjunción con las manifestaciones de las partes, y ha hecho suyas las conclusiones de aquel.

Cuando tantas veces se ha repetido la necesidad de un informe psicosocial que auxilie al tribunal en su decisión, no puede obviarse éste sin una motivación rigurosa, sobre todo si se aprecia una metodología tan precisa como la obrante en autos.





No se observa que la protección del menor sea aparente, puramente formalista y estereotipada, sino fruto de un riguroso estudio y análisis para indagar cuál sea el interés de un menor de tan corta edad cuyos progenitores residen en ciudades distintas y alejadas.

Esta sala reconoce la dificultad que ello comporta, y de ahí que, salvo motivaciones carentes de toda lógica y razonabilidad, no sea posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación.

Por ello el motivo debe desestimarse.

#### **CUARTO.- Segundo motivo.**

Se interpone por infracción del artículo 2. 2.º de la LO 1/96 de 15 de enero de protección jurídica del menor en relación al artículo 94 (párrafo primero) del CC, por aplicación indebida de tales preceptos y por vulneración de la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia del interés superior del menor y la necesidad de que éste tenga un contacto lo más amplio posible con el progenitor no custodio, sobre todo en supuestos de lejanía en las residencias del padre y de la madre, y también por vulneración del principio del reparto equitativo de las cargas en relación a los gastos de los viajes del menor. Según la sentencia del Tribunal Supremo n.º 685/2014 de 19 de noviembre de 2014, y la sentencia n.º 301/2017 de 16 de mayo de 2017.

Al desarrollar la recurrente el motivo distingue entre dos infracciones.

La primera por discrepar del régimen de visitas establecido que no respeta el principio de proporcionalidad, ya que, en interés del menor, debía ser más equilibrado en el contacto de éste con ambos progenitores.

La segunda por no respetar la doctrina de la sala en cuanto a los gastos de desplazamiento de los menores en situaciones de grandes distancias.

#### **QUINTO.- Decisión del motivo.**

1.- La primera infracción, salvo la matización que luego se hará, no puede estimarse, pues la sentencia recurrida, con apoyo en los informes psicosociales, respeta el principio de proporcionalidad en interés del menor, pretendiendo equilibrar, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, que naturalmente nunca será igual que si se tratase de custodia compartida.

Se fija un régimen en el que se implica al padre y a la madre en la flexibilización de las visitas, primando en primer lugar la convivencia de éstos, previo acuerdo.

En defecto de éste, siempre indeseable, se prevé un régimen bastante amplio de visitas y comunicaciones del menor con la madre.

Las mayores molestias serán para el menor, al tener que soportar los traslados propiciados por las residencias distantes de sus progenitores.

De ahí, y es la salvedad que anunciábamos, en interés del menor, y teniendo en cuenta que las vacaciones de semana santa son cortas, y en aras de una mayor estabilidad en el disfrute de tales vacaciones, se considera que las comparta de domingo a domingo en compañía del progenitor no custodio, que es la madre.

En atención a las circunstancias del caso será lo más adecuado, siendo éstas las que han de servir de guía en defecto de previsión legal ( sentencias 289/2014, de 26 de mayo, 685/2014, de 19 de noviembre, 565/2016, de 27 de septiembre ).

2.- La segunda infracción debe prosperar, como apoya el Ministerio Fiscal, pues en casos de ingresos similares de ambos progenitores ( sentencia 664/2015, de 19 de noviembre, 565/2016, de 27 de septiembre ), que es el caso, ha optado la sala por repartir al 50% los gastos de desplazamiento del menor.

Por todo ello procede la estimación parcial del motivo.

**SEXTO.-** De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se impone a la parte recurrente las costas del recurso.

## **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 parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Bárbara, contra la sentencia dictada, con fecha 10 de noviembre de 2017, por la Audiencia Provincial de Málaga, sección 7.ª con sede en Melilla, en el rollo de apelación 106/2016, dimanante del juicio sobre guarda, custodia y alimentos 7/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Melilla.



2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida, que se confirma con las salvedades que, en cuanto a régimen de visitas en semana santa y gastos de desplazamiento del menor, se contienen en el fundamento de derecho quinto.

3.º- No se imponen las costas del recurso a la parte recurrente.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ