



Roj: **STS 4144/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4144**

Id Cendoj: **28079110012024101043**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/07/2024**

Nº de Recurso: **4402/2023**

Nº de Resolución: **947/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 770/2023,**
ATS 2122/2024,
STS 4144/2024

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 947/2024

Fecha de sentencia: 08/07/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4402/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/06/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra. Sección Sexta.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN núm.: 4402/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora Carmen Garcia Alvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 947/2024

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 8 de julio de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Concepción , representada por el procurador D. José Noguera Chaparro, bajo la dirección letrada de D.^a María Victoria Lorenzo Silva, contra la sentencia n.º 123/2023, dictada el 10 de marzo de 2023 por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el rollo de apelación n.º 988/2022, con origen en los autos de juicio verbal especial (guarda y **custodia** de menores, alimentos y medidas) n.º 149/2022 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Redondela.

Ha sido parte recurrida D. Marcelino , representado por el procurador D. José Vicente Gil Tránchez, bajo la dirección letrada de D.^a Celia María Tielas Amil.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. El 17 de febrero de 2022, el procurador D. José Vicente Gil Tránchez, en nombre y representación de D. Marcelino , formuló una demanda de "guarda y **custodia** de menores, alimentos y medidas" respecto de su hijo menor de edad Nazario , contra D.^a Concepción , en la que solicitaba que, previos los trámites legales oportunos, se dictase sentencia por la que se adoptasen las siguientes medidas:

"[...]1º.- PATRIA POTESTAD: La patria potestad respecto del menor será ejercida conjuntamente por ambos progenitores conforme a lo establecido en los arts. 154 y 156 del Código Civil, por lo que adoptarán de común acuerdo y velando siempre por el superior interés de los hijos, todas las decisiones que le afecten, comprometiéndose ambos progenitores a consultarse y comunicarse las incidencias que afecten a los menores.

" 2º.- GUARDA Y **CUSTODIA**:

" Como quiera que ambos comparecientes disfrutan de baja laboral por nacimiento de hijo hasta el día 31 de marzo de 2022, hasta esa fecha cada progenitor tendrá al menor en su compañía períodos semanales de lunes a domingo. Durante este periodo de tiempo que finaliza el 31 de marzo de 2022 el progenitor que no tenga en su compañía al menor podrá verlo y tenerlo en su compañía tres tardes a la semana (martes, jueves y sábado) entre las 15:00 y las 17:00 horas.

" 1.º Atendiendo a los respectivos trabajos de los progenitores, el régimen de estancias se articula de la siguiente manera a lo largo del año:

" A. Del día DOCE (12) de SEPTIEMBRE al día DOCE (12) de NOVIEMBRE, el menor estará en compañía del padre señor Marcelino .

" B. Del día DOCE (12) de NOVIEMBRE al día DOCE (12) de MARZO. Durante este período el menor estará con cada progenitor en semanas alternas, de lunes a lunes, día en que se producirá el cambio de progenitor. El progenitor que no tenga en su compañía al menor durante una semana podrá visitarlo y estar con él una tarde, que en caso de discrepancia será la de los miércoles, entre las 15:00 y las 19:00 horas, en que lo recogerá y reintegrará en el domicilio del progenitor que lo tenga en su compañía esa semana.

" C. Del día DOCE (12) de MARZO al día DOCE (12) de JUNIO, el menor estará en compañía del padre.

" D. Del día DOCE (12) de JUNIO al día DOCE (12) de SEPTIEMBRE, el menor estará en compañía de la madre.

" Durante los anteriores períodos de estancias indicados bajo las letras A), C) y D), el progenitor que no tiene en su compañía al menor podrá estar con él durante un fin de semana al mes (de viernes a domingo) preavisando al otro progenitor con siete días de antelación.

" VACACIONES de NAVIDAD: En las fiestas de Navidad, se establece que el menor pasará con un progenitor desde la salida de clase el último día lectivo hasta el 31 de Diciembre a las 12:00 horas, y con el otro progenitor, desde las 12:00 horas del día 31 de Diciembre hasta la hora de entrada al colegio el primer día lectivo, pasando el primer período con la madre los años impares y con el padre los años pares.

" Ahora bien, si durante estas fiestas de navidad la madre se encontrase trabajando, el padre tendrá en su compañía al menor desde el día 23 de diciembre a las 12:00 horas y hasta las 12:00 horas del día 3 de enero, y la madre desde las 12:00 horas del día 3 de enero hasta el día de inicio en la guardería o centro educativo.

" Durante las vacaciones de Navidad se suspenderá el régimen de estancias y visitas.



" NORMAS GENERALES:

" Las entregas y recogidas del menor se llevarán a efecto en el domicilio del progenitor que lo ha tenido en su compañía, siendo de cuenta y cargo del progenitor que inicia su período de estancia el abono de los gastos de recogida y traslado del menor.

" Durante los períodos de estancia del menor con los progenitores el menor deberá llevar consigo su Documento Nacional de Identidad y su Tarjeta Sanitaria, debiendo por tanto el progenitor que recoge al menor recibir del otro progenitor esos documentos. Ambos progenitores tendrán derecho a comunicarse telefónica y/o telemáticamente con su hijo cuando ésta no esté en su compañía, siempre y cuando no alteren los horarios de comidas, descanso y estudio.

" En el mismo sentido, ambos progenitores tendrán derecho a ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten al hijo y, concretamente, tienen derecho a que se les facilite toda la información académica y boletines de evaluación, e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación escolar, tanto si acuden juntos como si lo hacen por separado. De igual manera, tienen derecho a obtener información médica del referido hijo y a que se le faciliten los informes que cualquiera de ellos pueda solicitar.

" 3º - SOSTENIMIENTO GASTOS DEL MENOR:

" En cuanto al sostenimiento de los gastos del hijo común, habiéndose establecido un régimen de guarda y **custodia compartida** LOS GASTOS DE ALIMENTACIÓN, VIVIENDA, VESTIDO Y OCIO DEL MENOR en cada período serán de cuenta y cargo del progenitor con el que permanezca en su compañía en cada período, ABONANDO POR MITAD LOS RESTANTES GASTOS ORDINARIOS, INCLUYÉNDOSE LOS ORIGINADOS AL INICIO DE CADA CURSO ESCOLAR: MATRÍCULAS, UNIFORMES, LIBROS, MATERIAL, ACTIVIDADES EXTRAESCOLARES, ETC.

" LA TOTALIDAD DE LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS serán abonados por MITAD ENTRE AMBOS PROGENITORES.

"Y, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiere".

2. La demanda fue turnada al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Redondela y quedó registrada con el n.º 149/2022 (Familia, Guarda, **Custodia**, alimentos hijo menor no matrimonial). Admitida a trámite mediante decreto de 8 de marzo de 2022, se emplazó a la parte demandada y al Ministerio Fiscal para que comparecieran en autos y la contestaran en el plazo de veinte días hábiles.

2.1 El Ministerio Fiscal evacuó el trámite contestando a la demanda mediante escrito de 16 de marzo de 2022, con reserva a la prueba que se desarrollare en los autos.

2.2 La parte demandada contestó a la demanda mediante escrito presentado el 18 de abril de 2022, en el que interesaba que se dictase sentencia que desestimase íntegramente la demanda presentada de contrario y acordara las siguientes medidas:

"[...]1. GUARDA Y **CUSTODIA** Y PATRIA POTESTAD DEL MENOR

" Se atribuye la GUARDA Y **CUSTODIA** del menor Nazario , a la MADRE. Sin perjuicio de ello, LA PATRIA POTESTAD SERÁ EJERCIDA CONJUNTAMENTE POR AMBOS PROGENITORES, que adoptarán de común acuerdo y velando siempre por su interés, todas las decisiones que afecten al menor, decidiendo en los casos de falta de acuerdo la autoridad judicial.

" Con este régimen de relaciones paterno-filiales las partes asumen el compromiso de comunicarse todas las decisiones que, con respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que, conforme al interés prioritario del menor, deban conocer ambos padres.

" Para ello, los progenitores deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias, obligándose a respetarlo y cumplirlo. En su defecto, la comunicación se hará vía burofax y el otro progenitor deberá contestar en plazo de cinco días. Si no contesta, y queda probado que ha recibido la comunicación, se entenderá que presta su conformidad.

" Ambos padres participarán en las decisiones que, con respecto al hijo, tomen en el futuro, siendo de especial relevancia las que se vayan a adoptar en relación a la residencia del menor o las que afecten al ámbito escolar, sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas.

" Sobre esta base, se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo. Se impone, así mismo, la decisión conjunta para cualquier tipo de



intervención quirúrgica o de tratamiento médico del hijo tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro, salvo supuestos de extrema urgencia.

" No pudiendo EL PROGENITOR QUE TENGA LA GUARDA Y **CUSTODIA** TOTAL TOMAR DECISIONES UNILATERALES EN LOS TEMAS DE SALUD DE LOS HIJOS, dichas decisiones deberá de ser consensuadas por ambos progenitores, además de tener el deber de informar al otro progenitor y dar traslado de manera inmediata de todos los Informes médicos que pudiera tener del menor y del estado de salud en que se encuentre en cada momento.

" Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en LAS CELEBRACIONES RELIGIOSAS, obligatoriamente en lo relativo a la realización del acto religioso y siempre que se pueda en la celebración lúdica, no teniendo preferencia a la hora de tomar estas decisiones ni el progenitor que tiene la guarda y **custodia** exclusiva, ni el progenitor que ese día lo tenga en su compañía.

" Los progenitores deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a su hijo y, concretamente, TIENEN DERECHO A QUE SE LES FACILITE A LOS DOS TODA LA INFORMACIÓN ACADÉMICA Y LOS BOLETINES DE EVALUACIÓN; E IGUALMENTE TIENEN DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN A TRAVÉS DE LAS REUNIONES HABITUALES CON LOS TUTORES o servicios de orientación escolar, tanto si acuden los dos juntos, como si lo hacen por separado.

" De igual forma, tienen DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN MÉDICA DE SU HIJO Y QUE SE LE FACILITE A CADA PROGENITOR QUE LO SOLICITE, LOS INFORMES PERTINENTES SOBRE LA SALUD, de los mismos.

" El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía del hijo, podrá adoptar decisiones respecto a los mismos sin previa consulta, en los casos en que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse.

" Ésta y las posteriores medidas que se recogen en esta resolución, se fijan en interés del menor y valorando la situación actual, en especial el lugar donde reside en estos momentos.

" 2.- RÉGIMEN DE ESTANCIAS Y VISITAS DEL CÓNYUGE NO CUSTODIO.

" Dada la edad del menor, el régimen de estancias y visitas, será el siguiente:

" 1. El menor estará en compañía del padre EL PRIMER FIN DE SEMANA DEL MES, consistente en SÁBADO y DOMINGO, SIN PERNOCTA hasta que el menor cumpla los DOS AÑOS DE EDAD, desde las 11:00 horas hasta las 20:00 horas, realizándose las entregas y recogidas en el domicilio materno.

" 2. Cuando el menor cumpla DOS AÑOS de edad estará en compañía del padre EL PRIMER FIN DE SEMANA AL MES CON PERNOCTA, desde el SÁBADO A LAS 10:00 horas hasta el DOMINGO A LAS 20:00 HORAS realizándose las recogidas y las entregas serán en el domicilio materno.

" 3. A partir de que el menor cumpla TRES AÑOS edad estará en compañía del padre EL PRIMER FIN DE SEMANA AL MES, desde la salida del centro escolar hasta el DOMINGO a las 20:00 horas.

" A fin de facilitar el cumplimiento del régimen de visitas, para el caso de que Don Marcelino , no pudiera desplazarse el primer fin de semana del mes, podrá cambiarlo por otro fin de semana, preavisando a la madre con una antelación de diez días.

" Asimismo, el Sr, Marcelino podrá disfrutar de todos los puentes nacionales, los de la Comunidad Autónoma de Galicia y los de la Comunidad Autónoma de Cataluña, conforme a los horarios establecidos, por etapas, en los puntos 1,2 y 3.

" Uno y otro progenitor podrá comunicarse telefónicamente o por cualquier otro medio con su hijo diariamente, siempre que no entorpezca los tiempos de estudio o descanso del menor. A falta de acuerdo, las comunicaciones deberán realizarse entre las 18:00 horas y las 20:00 horas.

" 3. PERIODO VACACIONAL.

" Respecto a los periodos vacacionales, no se establece régimen de vacaciones hasta que el menor cumpla los TRES AÑOS DE EDAD.

" A partir de los TRES AÑOS, para compensar los tiempos con el padre, los periodos vacacionales serán disfrutados por ambos progenitores del siguiente modo:

" A) VACACIONES DE NAVIDAD: Se dividirán en dos periodos:

" -1.º PERIODO desde el día siguiente al fin de las clases escolares a las 10:00 horas hasta el 30 de Diciembre a las 20:00 horas.



- "- 2.º PERIODO desde el día 30 de Diciembre a las 20:00 horas hasta el día anterior al comienzo de las clases a las 20:00 horas.
- " A falta de acuerdo, la madre elegirá el periodo a disfrutar los años impares y el padre los años pares.
- " Las entregas y recogidas se harán por el padre en el domicilio materno.
- " B) VACACIONES DE SEMANA SANTA. Serán disfrutadas íntegramente por el padre.
- " Desde el viernes de Dolores a la salida del centro escolar hasta el día anterior al comienzo de las clases a las 20:00 horas.
- " Las entregas y recogidas se harán por el padre en el domicilio materno.
- " C) VACACIONES DE VERANO. Se dividirán en seis turnos alternativos:
- " 1.º TURNO. Desde el día siguiente al fin del curso escolar a las 10:00 horas hasta el 1 de Julio a las 10:00 horas
- " 2.º TURNO. Desde el 1 de Julio a las 10:00 horas hasta el 16 de Julio a las 10:00 horas.
- " 3.º TURNO. Desde el 16 de Julio a las 10:00 horas hasta el 1 de Agosto a las 10:00 Horas
- " 4.º TURNO. Desde el 1 de Agosto a las 10:00 horas hasta el 16 de Agosto a las 10:00 horas.
- " 5.º TURNO. Desde el 16 de Agosto a las 10:00 horas hasta el 1 de Septiembre a las 10:00 horas.
- " 6.º TURNO. Desde el 1 de Septiembre a las 10:00 horas hasta el día antes al comienzo del curso escolar a las 20:00 horas.
- " Los turnos primero y sexto corresponderán siempre al padre y en cuanto al resto, a falta de acuerdo, la madre elegirá los periodos a disfrutar los años impares y el padre los años pares.
- " Las entregas y recogidas se harán por el padre en el domicilio materno.
- " Durante los periodos vacacionales, uno y otro progenitor podrá comunicarse telefónicamente o por cualquier otro medio con su hijo diariamente, siempre que no entorpezca los tiempos de estudio o descanso del menor. A falta de acuerdo, las comunicaciones deberán realizarse entre las 18:00 horas y las 20:00 horas.
- " 4. GASTOS DE DESPLAZAMIENTO.
- " Será el padre el encargado de desplazarse al domicilio materno para estar con el hijo. Los gastos generados por dicho desplazamiento serán soportados por ambos progenitores.
- " Por gastos de desplazamiento se entenderá el coste del combustible, en caso de desplazamiento en coche o los billetes del medio de transporte utilizado desde DIRECCION000 hasta DIRECCION001 (Barcelona)
- " Dado que, existe un importante desequilibrio entre los ingresos de uno y otro progenitores, Doña Concepción contribuirá al abonó de los gastos en un 20 % y Don Marcelino en un 80%. Todos estos gastos deberán estar debidamente justificados, realizándose las oportunas liquidaciones mensuales. En ningún caso, se podrán compensar estas cantidades con las cantidades debidas por pensiones de alimentos.
- " 5. PENSIÓN DE ALIMENTOS.
- " Se fija como Pensión de Alimentos a satisfacer por el padre a favor de su hijo, la cantidad de TRESCIENTOS EUROS (300,00€) que deberán de ingresarse en los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que a tal efecto se designe por la madre, actualizándose anualmente, al alza, al inicio del año natural, conforme al Índice de Precios al Consumo (IPC) que establezca el Instituto Nacional de Estadística (INE) o cualquier otro Organismo Público.
- " Mientras que el menor esté en la guardería, el padre también tendrá que asumir el coste de la mitad de la guardería.
- " 6. GASTOS EXTRAORDINARIOS
- " Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida del menor, entendiéndose por tales los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, serán sufragados por ambos progenitores al 50% siempre que medie previa consulta de un progenitor al otro sobre la conveniencia o necesidad del gasto (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible) y acuerdo de ambos, o en su defecto, autorización judicial. Comunicada al otro progenitor, la decisión que pretenda adoptar en relación con los menores y que comporte la realización de un gasto extraordinario, recabando de aquél su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo si en el plazo de diez días naturales siguientes este último no lo niega de forma expresa.



" En todo caso se considerarán gastos extraordinarios los siguientes: los derivados de educación que tengan tal consideración, como los de clases particulares, viajes de estudios, actividades extraescolares, campamentos de verano y aprendizaje de lengua extranjera (no siéndolo los gastos necesarios ordinarios de material escolar, babys, uniforme, comedor, tasas, matrículas y libros en la educación obligatoria y los gastos médicos, farmacéuticos y de hospitalización (ortodoncias, ortopédicos, ópticos, etc.) que no estén cubiertos por la Seguridad Social o los correspondientes seguros médicos".

3. Tras seguirse los trámites correspondientes la jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Redondela dictó la sentencia n.º 190/2022, de 5 de julio de 2022, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

" ESTIMO parcialmente la demanda interpuesta por don Marcelino contra doña Concepción . En consecuencia:

" I.- Se distribuye la guarda y **custodia** del siguiente modo:

" 1.- Hasta que Nazario empiece el colegio, septiembre de 2024, el sistema de guarda será exclusivo para doña Concepción . El régimen de visitas se desarrollará del siguiente modo:

" - El demandado tendrá derecho a estar con el menor, cuando este se encuentre en DIRECCION001 , un fin de semana al mes, de viernes a las 20:00 horas a domingo a las 18:00 horas.

" Se fija como fin de semana al mes, en defecto de acuerdo, el primero de cada mes.

" En caso de que durante ese mes exista algún viernes o lunes festivo, de carácter nacional, la estancia se ampliará del viernes a las 12:00 horas y/o hasta el lunes a las 18:00 horas.

" - Cuando el menor esté en DIRECCION002 , el progenitor no custodio podrá disfrutar de su compañía fines de semana alternos, desde el jueves a las 18:00 horas hasta el domingo a las 18:00 horas. La semana que no le corresponda el fin de semana, el progenitor no custodio tendrá derecho a estar en compañía de la menor dos tardes intersemanales, las cuales serán, en defecto de acuerdo, las tardes de los martes y jueves de 16:30 a 19:00 horas.

" *- Vacaciones de verano: el menor estará en compañía de su padre 15 días coincidiendo con su periodo de vacaciones. Esta estancia se desarrollará del siguiente modo:

" El año 2022 las pernoctas serán días alternos, durante el resto de días las visitas serán desde las 10:00 a las 20:00 horas.

" El año 2023 las pernoctas serán de miércoles a lunes, durante el resto de días las visitas serán desde las 10:00 a las 20:00 horas.

" El año 2024 las pernoctas serán todo el periodo.

" Durante el resto del verano se mantiene el régimen de visitas ordinario.

" 2.- Una vez que el menor, en septiembre de 2024, comience el colegio, el sistema de guarda y **custodia** pasará a ser compartido y se desarrollará del siguiente modo:

" - Desde el comienzo del curso escolar hasta que doña Concepción finalice su trabajo en DIRECCION001 , el menor estará en compañía de don Marcelino , en DIRECCION002 .

" Doña Concepción podrá estar en compañía del menor dos fines de semana al mes, desde el viernes a las 20:00 horas al domingo a la hora que acuerden los progenitores, que, en defecto de acuerdo, se establece a las 18:00 horas.

" - Desde que doña Concepción finalice su trabajo en DIRECCION001 hasta que este comience de nuevo, el sistema será por semanas alternas, de lunes a lunes, realizándose las entregas el lunes en el colegio y la recogida el lunes a la salida del centro escolar o actividad extraescolar.

" El progenitor a quien no le corresponda la semana podrá estar en compañía del menor dos tardes a la semana. Las cuales, en defecto de acuerdo, serán los martes y jueves desde la salida de la actividad escolar o extraescolar hasta las 20:00 horas. Las entregas se realizarán en el domicilio del progenitor a quien le corresponda la semana.

" - Desde que doña Concepción comience de nuevo su trabajo en DIRECCION001 hasta el comienzo de las vacaciones estivales, el menor estará en compañía de su padre.

" Doña Concepción podrá estar en compañía de la menor dos fines de semana al mes, desde el viernes a las 20:00 horas al domingo a la hora que acuerden los progenitores, en defecto de acuerdo, hasta las 18:00 horas.



- " - Durante las vacaciones estivales, el menor estará en compañía de su madre, en DIRECCION001 .
- " Don Marcelino disfrutará de la compañía del menor un fin de semana al mes, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 18:00 horas del domingo. Así mismo, lo tendrá en su compañía durante 15 días, los cuales coincidirán con las vacaciones de don Marcelino .
- " *.- En ambos sistemas, el reparto de las vacaciones, a excepción de las de verano, será el siguiente:
- " 1.-Vacaciones de Navidad:
- " Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos:
- " A) Desde el último día lectivo, a la salida del centro escolar hasta el día 31.12.2021 a las 19:00 horas.
- " B) Desde el 31.12.2021 a las 19:00 horas al último día de vacaciones, a las 20:00 horas.
- " En defecto de acuerdo, corresponde a la madre el primer periodo los años pares y al padre el segundo período, en los años impares se hará a la inversa.
- " 2.- Vacaciones de Semana Santa:
- " Se atribuirá completamente a uno de los progenitores. Será disfrutada por años alternos, corresponde a la madre los años pares y al padre los años impares.
- " 3.- Vacaciones de Carnaval:
- " Se atribuirá completamente a uno de los progenitores. Será disfrutada por años alternos, corresponde a la madre los años impares y al padre los años pares.
- " 4.- Cada progenitor podrá ponerse en contacto telefónico con el menor cuando no estén en su compañía, cualquier día que así lo deseen en horario fijado entre las 20.00 y las 21:00 horas.
- " 5.- Asimismo, en las fechas de cumpleaños de Nazario , y en la fecha de los cumpleaños de los progenitores, tendrá derecho el progenitor que no tenga a Nazario en su compañía en ese momento y del que sea el cumpleaños o sea el de Nazario a visitarlo durante dos horas al menor homenajeado, o bien comunicarse con el. En caso de que el día del padre coincida con un periodo en que el progenitor homenajeado no esté en compañía de Nazario a tendrá derecho a tenerlo en su compañía durante dos horas. El fin de semana correspondiente al día de la madre se le atribuye a la progenitora, alterándose en es mes, si fuese preciso, el sistema de fines de semana alternativos.
- " 6.- En caso de que los progenitores trasladen a los menores fuera del territorio nacional deberán comunicárselo al otro progenitor con un mes de antelación, de forma fehaciente.
- " 7.- En caso de enfermedad de Nazario , el progenitor en cuya compañía se encuentren se lo comunicará de forma inmediata al otro progenitor.
- " *.- En lo que se refiere a los gastos de desplazamiento, que deban realizar tanto doña Concepción como don Marcelino , estos serán asumidos en un 30 % por doña Concepción y en un 70 % por don Marcelino . Todo ello, previa justificación de los gastos.
- " II.- La patria potestad de Nazario será **compartida** por ambos progenitores.
- " III.- En concepto de alimentos don Marcelino abonará en una cuenta que a tal efecto se designe por la demandada, la suma de 250 € mensuales durante el primer periodo **-custodia exclusiva-** y 125 € durante el segundo periodo **-custodia compartida-**. Esta cantidad se incrementará anualmente conforme a la variación del IPC. Debiendo, además en el segundo periodo, cada progenitor sufragar los gastos que los menores generen cuando esté en su compañía.
- " IV.- Los gastos extraordinarios que se generen serán sufragados en un 65 % por el padre y en un 35% por la madre.
- "Por tales gastos se entenderán los gastos escolares: excursiones, gastos médicos y farmacéuticos no incluidos por la seguridad social, (dentista, oculista, ortopédicos, etc.)y otros de ocio o formación que favorezcan el desarrollo de los menores y que los progenitores establezcan de común acuerdo o cuya necesidad resulte justificada, previa comunicación al otro progenitor.
- "No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.
- "Firme que sea la sentencia, líbrese mandamiento al Encargado del Registro Civil que corresponda".

SEGUNDO. Tramitación en segunda instancia



1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por ambas partes. El Ministerio Fiscal se adhirió parcialmente al recurso planteado por la demandada interesando su estimación parcial y la revocación de la sentencia en lo referente al sistema de **custodia** fijado a partir de septiembre de 2024.

2. La resolución de los recursos de apelación correspondió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra que lo tramitó con el número de rollo 982/2022 y, tras seguirse los trámites correspondientes, dictó la sentencia n.º 1233/2023, el 10 de marzo de 2023, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS: Que estimando parcialmente los recursos de apelación formulados por D^a Concepción , representada por la Procuradora D^a Dolores Virulegio Figueroa y D. Marcelino , representado por el Procurador D. José Vicente Gil Tránchez contra la Sentencia dictada en los autos de Juicio de **Custodia** y Alimentos de Hijo menor de Edad nº 190/22 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Redondela, la debemos revocar y revocamos en sentido de establecer las siguientes medidas en relación a Nazario , manteniendo lo establecido en la instancia fuera de dichos períodos temporales:

"1. En un primer período, noviembre de 2023 a abril de 2024: Nazario vivirá en DIRECCION000 en régimen de **custodia compartida** con sus progenitores por semanas alternas de domingo a las 18:00 hasta el siguiente domingo a las 18:00, con dos visitas intersemanales martes y jueves de 13:00 a 18:00 horas para cada uno de sus padres que no lo tenga en su compañía esa semana.

" 2. De abril de 2024 a inicio del curso escolar, Nazario disfrutará de un mes con cada progenitor, haciendo coincidir el mes de vacaciones del Sr. Marcelino con la estancia de su hijo con él. En fines de semana alternos, padre y madre podrán visitar a su hijo durante el fin de semana desde el viernes por la tarde a las 18:00 horas hasta las 18:00 horas del domingo, desplazándose a la localidad de residencia del menor.

" 3. A partir del inicio del curso escolar en 2024 en adelante:

" a) Mientras D^a Concepción se halle trabajando (previsiblemente septiembre y octubre) Nazario permanecerá en régimen de **custodia** exclusiva con su padre en DIRECCION000 con un régimen de visitas en fin de semana alternos de 18:00 horas del viernes a 18:00 horas del domingo a favor de su madre.

" b) Una vez que D^a Concepción cese en su actividad laboral en DIRECCION001 (de noviembre a abril), si desea trasladarse a DIRECCION000 , disfrutará en régimen de **custodia compartida** por semanas alternas de lunes a lunes, realizándose las entregas el lunes en el colegio y la recogida el lunes a la salida del centro escolar o actividad extraescolar, con dos visitas intersemanales martes y jueves desde la salida de la actividad escolar o extraescolar hasta las 20:00 horas para cada uno de sus padres. Si por la razón que sea, la progenitora no se estableciese en DIRECCION000 durante ese tiempo, el menor permanecerá bajo la **custodia** exclusiva de su padre, con régimen de visita de fines de semana alternos que hemos estipulado en el párrafo anterior.

" c) Durante las vacaciones estivales, el menor estará en compañía de su madre, en DIRECCION001 . Don Marcelino disfrutará de la compañía del menor dos fines de semana al mes, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 18:00 horas del domingo. Así mismo, lo tendrá en su compañía durante 15 días, los cuales coincidirán con las vacaciones de don Marcelino .

" 4. Se mantiene el régimen de comunicación telefónica y de enfermedad estipulado en la instancia, así como el de los períodos vacacionales de carnaval, Semana Santa y Navidad, así como las demás fechas especialmente señaladas (día del Padre, de la Madre o cumpleaños del menor).

" 5. En cuanto a la pensión de alimentos, se fijan 125 € para los períodos de **custodia compartida** (que son todos desde septiembre 2024 en adelante) a cargo del padre, con las características señaladas en la resolución recurrida, habida cuenta de que la **custodia** exclusiva de la madre queda reducida por mor de esta resolución hasta noviembre de 2023 finalizará en ese momento la pensión estipulada a favor de D^a Concepción de 250 euros. Como excepción si a partir del período de noviembre - abril de 2024, si la madre decidiese no trasladarse a DIRECCION000 en su período discontinuo laboral, y optase por visitas en fines de semana alternos, sería ella la que abonaría al otro progenitor, habida cuenta de sus menores ingresos, 125€ durante ese período, con las mismas actualizaciones previstas.

" 6. Los gastos escolares habrán de excluirse del concepto de gastos extraordinarios, manteniéndose el resto de los estipulados.

" 7. Los gastos de desplazamiento se distribuirán según lo ya fijado al 65% a cargo del padre y del 35% de la madre.

" 8. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas."

3. La sentencia fue aclarada por auto de 23 de marzo de 2023 en el siguiente sentido:



"PARTE DISPOSITIVA

" ACORDAMOS: Que debíamos corregir las referencias que en la Sentencia se hacen del municipio de DIRECCION000 , por el de DIRECCION002 ."

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. la representación de D.^a Concepción interpuso recurso de casación por interés casacional y por vulneración de derecho constitucional.

1.1 Fundamenta la presentación del recurso en tres motivos que introduce con los siguientes encabezamientos:

(I) "[...]PRIMERO.- Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, por considerar que la sentencia recurrida ha vulnerado el artículo 92 del Código Civil, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor por aplicación incorrecta del principio básico de protección del interés del menor y además haciéndolo con desconocimiento del contenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 92 del Código Civil, en relación a los criterios a tener en cuenta para la adopción de un determinado régimen de guarda y **custodia**.

(II) "[...]SEGUNDO.- Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, por considerar que la sentencia recurrida ha vulnerado el artículo 92 del Código Civil, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor por aplicación incorrecta del principio básico de protección del interés del menor y además haciéndolo con desconocimiento del contenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y **custodia compartida** en caso de existir una distancia geográfica excesiva que no la hace posible por chocar con el indicado interés del menor.

(III) "[...]TERCERO.- Al amparo del artículo 477.2.1º en relación con el artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por considerar que la sentencia recurrida ha vulnerado el artículo 19 de la Constitución Española, artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y artículo 21 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, por cuanto obliga a mi mandante a establecer su residencia habitual en la localidad de DIRECCION000 durante los meses de noviembre a abril de cada año a los efectos de poder disfrutar de un régimen de guarda y **custodia compartida** de su hijo menor.

2. Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes, por auto de 21 de febrero de 2024 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto, y dar traslado a la parte recurrida a fin de que formalizase su oposición en el plazo de veinte días.

2.1 La representación procesal de D. Marcelino presenta en tiempo y forma escrito en el que formula su oposición e interesa que se confirme la resolución recurrida, con condena en costas a la parte recurrente.

2.2 Conferido posteriormente traslado al Ministerio Fiscal, presentó escrito de fecha 22 de abril de 2024 en el que con fundamento en las alegaciones que expone interesa la estimación de los motivos del recurso interpuesto, con las consecuencias legales que se deriven y asimismo interesa que se reconozca al recurrido su derecho de visitas lo más amplio posible durante los puentes y periodos vacacionales, así como en los casos en que la madre y su hijo acudan a pasar las vacaciones a DIRECCION002 , conforme también solicitó el Fiscal de Instancia.

3. Por providencia de 10 de mayo de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose posteriormente para la votación y fallo el día 19 de junio de 2024, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. El proceso se inició por una "Demanda de guarda y **custodia** de menores, alimentos y medidas" que interpuso D. Marcelino contra D.^a Concepción pidiendo, en relación con Nazario , hijo común de los litigantes, la adopción de las medidas que hemos reproducido en el antecedente de hecho primero de esta resolución y a la que la demandada se opuso instando las que también hemos transcrito en este.

2. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y acordó distribuir la guarda y **custodia** del menor entre los progenitores del modo que también hemos copiado en el mencionado antecedente.

3. Recurrieron en apelación ambas partes y la Audiencia Provincial, tras estimar parcialmente los recursos de una y otra, dictó sentencia (aclarada por un auto de 23 de marzo de 2023) en la que fijó las medidas que



habrían de regir a partir de noviembre de 2023 (reproducidas, igualmente, en el antecedente de hecho primero) y mantuvo, hasta ese momento, "lo establecido en la instancia".

El tribunal de apelación establece las medidas distinguiendo tres periodos (desde noviembre de 2023 hasta abril de 2024, desde abril 2024 hasta el inicio del curso escolar, y del inicio del curso escolar en adelante) y en atención a dos circunstancias (la parte del año que la madre del menor trabaja en DIRECCION001 -desde el principio del mes de abril hasta el final del mes de octubre- y el momento en que Nazario empezará a ir al colegio -a partir del mes de septiembre de 2024-).

Las circunstancias que considera la Audiencia Provincial son las siguientes: (i) Nazario nació el NUM000 de 2021; (ii) su padre reside en DIRECCION000 y su madre una parte del año en DIRECCION001 y otra en DIRECCION002, localidad esta última en la que dispone de una casa familiar a la que acude con sus progenitores y en la que tradicionalmente ha vivido los meses en los que no trabajaba en el hotel de DIRECCION001 en el que está empleada, si bien manifestó que lo hacía por su pareja, para estar con él, pero que no estaba dispuesta a hacerlo en el futuro si no mantenía esa relación; (iii) el padre del menor, a salvo fines de semana y festivos, trabaja a turnos en DIRECCION003, de 06:00 a 14:00 horas y de 14:00 a 22:00 horas; mientras que la madre trabaja en un hotel en DIRECCION001 desde abril a finales de octubre como fija discontinua con una antigüedad de veintiún años y con un horario que, actualmente, va de las 07:00 a las 15:00 horas, fines de semana no incluidos; (iv) el padre y la madre tienen plenas habilidades parentales, han estado en contacto con Nazario desde su nacimiento, se han implicado en sus cuidados y gozan de una comunicación fluida, al menos en lo que al hijo común se refiere, si bien por razón de sus respectivos horarios requieren, para atender al menor, de la asistencia de terceros, aunque ambos cuentan con apoyos familiares; (v) Nazario se escolarizará en septiembre de 2024.

La Audiencia Provincial, consciente de que en el caso no es fácil establecer el régimen de **custodia** debido a la corta edad del menor y a la distancia entre las localidades de residencia de los progenitores, asume los criterios seguidos por la sentencia de primera instancia para fijarlos (corta edad del menor, distancia entre los domicilios de los padres, aptitudes y actitudes de ambos adecuadas para el cuidado del menor y apoyo familiar) salvo en "la forma de compatibilizar tan especial régimen laboral - distancia, en cuanto a los períodos que podrán disfrutar de la compañía de su hijo común.". Dice, en este sentido, que comprende a la madre cuando alega que establecer un lugar prioritario de residencia para Nazario en DIRECCION002 la limitará o la obligará, en su caso, a estar en dicha localidad cinco meses (aquellos en los que no trabaja), coartando su libertad ambulatoria, pero añade que lo mismo podría alegar el padre si tuviera que desplazarse a la provincia de Barcelona, máxime cuando ello acortaría sensiblemente su estancia con el menor, ya que no goza de la misma disponibilidad temporal de la que goza ella. Y concluye, siendo esta la situación y habiendo dejado las partes la decisión en manos del tribunal, al no ser capaces de alcanzar un acuerdo, que lo más beneficioso para el menor, teniendo en cuenta que ambos progenitores le quieren y cuentan con posibilidades económicas, deseos y habilidades para atenderle, es establecer, en la medida de lo posible, un sistema de **custodia compartida**, concretado en las medidas que fija, que permita a Nazario pasar el mayor tiempo posible con ambos progenitores y disfrutar de una situación lo más parecida que se pueda a una familia sin crisis de pareja, lo que exige que Nazario resida en DIRECCION002, "localidad esta a la que su madre podrá, si lo desea, trasladarse durante cinco meses al año (casi la mitad) puesto que su trabajo se lo permite, y además cuenta con una vivienda familiar a día de hoy donde alojarse. Con esta posibilidad no cuenta el padre, que tiene unas jornadas laborales anuales. No solo ella, sino también los abuelos maternos, además de la familia extensa de padre que podrá prestarle apoyo a ambos y convivir con el menor."

4. La demandada ha interpuesto un recurso de casación por interés casacional que ha sido admitido.

SEGUNDO. *Planteamiento del recurso de casación. Alegaciones del recurrido. Apoyo del fiscal al recurso. Decisión de la sala*

Planteamiento del recurso de casación

1. El recurso de casación se funda en tres motivos.

1.1 En el motivo primero se denuncia la infracción de los arts. 92 CC y 2 LOPJM, con cita de las sentencias 566/2017, de 19 de octubre, 115/2016, de 1 de marzo, 515/2014, de 15 de octubre, y 641/2011, de 27 de septiembre, "por aplicación incorrecta del principio básico de protección del interés del menor y además haciéndolo con desconocimiento del contenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación del artículo 92 del Código Civil, en relación a los criterios a tener en cuenta para la adopción de un determinado régimen de guarda y **custodia**".

1.2 En el motivo segundo se denuncia de nuevo la infracción de los arts. 92 CC y 2 LOPJM, con cita de las sentencias 58/2020, de 28 de enero, 229/2018, de 18 de abril, 4/2018, de 10 de enero, 566/2017, de 19 de



octubre, 748/2016, de 21 de diciembre, 115/2016, de 1 de marzo, en este caso "por aplicación incorrecta del principio básico de protección del interés del menor y además haciéndolo con desconocimiento del contenido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la medida de guarda y **custodia compartida** en caso de existir una distancia geográfica excesiva que no la hace posible por chocar con el indicado interés del menor."

1.3 Por último, en el motivo tercero, la recurrente denuncia, en relación con el art. 5 LOPJ, la vulneración de los arts. 19 CE, 45 CDFUE y 21 TFUE, ya que la sentencia recurrida la obliga "a establecer su residencia habitual en la localidad de DIRECCION000 durante los meses de noviembre a abril de cada año a los efectos de poder disfrutar de un régimen de guarda y **custodia compartida** de su hijo menor."

Alegaciones del recurrido y apoyo del fiscal al recurso

2. El recurrido se opone al recurso de casación. Alega que el interés del menor ha guiado la decisión de la Audiencia Provincial y que este no es un interés abstracto o genérico, sino vinculado a las circunstancias del caso que ya existían antes de nacer el menor y determinaban desde el primer momento que no existiera la posibilidad de que los miembros de la familia vivieran de manera unida y permanente durante todo el año, por lo que no puede sostenerse que sea contrario al interés del menor un régimen de guarda que se hubiera desarrollado igual o de manera muy similar de haberse mantenido la unidad familiar y la convivencia. Dice, también, que la recurrente se refiere en innumerables ocasiones al "interés del menor", pero sin analizarlo y enjuiciarlo en relación con las circunstancias de los progenitores, es decir, de manera abstracta, como si el menor viviese dentro de una burbuja en el mejor de los mundos posibles, ajeno a lo que le rodea, especialmente a las condiciones y circunstancias vitales de sus progenitores; y que la Audiencia Provincial, acertadamente, hace justo lo contrario, ya que valora y pondera ese interés del menor en relación con las condiciones familiares existentes. Añade, por último, que la recurrente reprocha a la Audiencia Provincial ignorar las consecuencias perjudiciales que, en su particular opinión, podrían derivarse para el menor de la aplicación del sistema de guarda y **custodia** establecido, formulando, en este punto, diversas conjeturas y suposiciones carentes de la más mínima prueba o indicio.

3. El fiscal apoya el recurso.

Decisión de la sala.

4. Lo que se acusa en los dos primeros motivos es la aplicación incorrecta del principio básico de protección del interés superior del menor, por lo tanto, los analizaremos conjuntamente, pero dando respuesta a las razones que se esgrimen, en cada uno de ellos, para justificar la denuncia.

4.1 La recurrente alega que la Audiencia Provincial ha establecido una **custodia compartida** en unos periodos y exclusiva en otros (a favor del padre o de la madre, según los meses) sin tener en cuenta el interés superior del menor y atribuyendo prioridad sobre este a la igualdad entre los progenitores.

Sin embargo, leída la sentencia, no es eso lo que se infiere. La Audiencia Provincial dice que va a actuar, al no haber sido los padres capaces de ponerse de acuerdo y dejar la decisión en manos del tribunal, guiada única y exclusivamente por el interés superior de Nazario, máxime atendiendo a su cortísima edad. Y tampoco cabe concluir, a la vista de lo que razona, que haya dado prioridad a la igualdad de los progenitores sobre el interés superior del menor. Es este interés el que el tribunal de apelación ha intentado satisfacer y garantizar por encima de cualquier otro, pero teniendo en cuenta y considerando las circunstancias del caso y, entre ellas, las laborales, de habitación y apoyo familiar de los progenitores, en relación con la distancia existente entre las localidades de DIRECCION001 y DIRECCION002.

4.2 La recurrente dice, también, que la Audiencia Provincial parte de la **custodia compartida** e intenta justificar la mejor manera de ejecutarla, pero sin explicar en ningún momento por qué llega a la conclusión de que ese sistema es el mejor para el menor, más allá de indicar que la **custodia compartida** es el régimen preferente, haciendo alusión a la jurisprudencia que así lo establece, cuando lo cierto es que dicha jurisprudencia no dice que aquella deba ser aplicada necesariamente, sino, únicamente, en aquellos casos en los que, tras ponderar las circunstancias que rodean al menor y priorizando su interés, lo que omite el tribunal de apelación, se llegue a la conclusión de que es la mejor forma de guarda y **custodia** posible.

Tampoco cabe acoger este argumento. Es cierto que la Audiencia Provincial considera conveniente establecer, en la medida de lo posible, un sistema de guarda **compartida**, pero no porque este sea el necesariamente aplicable, sino porque entiende, partiendo de que los progenitores quieren al menor, de que han estado en contacto con él desde su nacimiento y se han implicado en sus cuidados, de que cuentan, además, con posibilidades económicas, deseos, y habilidades para atenderle, y de que gozan de una comunicación fluida, al menos en lo que al hijo común se refiere, que lo más beneficioso para Nazario es que este pase el mayor tiempo posible con sus progenitores, con ambos, y que a ello responde la figura de la **custodia compartida**.



4.3 La recurrente sostiene, además, que el régimen de guarda y **custodia** fijado por la sentencia aportará al menor más perjuicios que beneficios, puesto que le impedirá alcanzar una estabilidad social y familiar, por cuanto debe residir dependiendo de los meses con su madre (si ella quiere) o con su padre (obligatoriamente) y además debiendo hacerlo en DIRECCION000 o en DIRECCION001 dependiendo de la época del año y período, y por tanto, debiendo adaptarse a dos lugares de residencia dispares, con costumbres sociales, entornos, e idiomas distintos, que le impedirán alcanzar una estabilidad sobre todo en los primeros años de su vida, lo que sin duda redundará en perjuicio de su desarrollo emocional y personal, y por tanto resulta contrario a sus intereses. Dice, también, que resulta inviable el establecimiento de una guarda y **custodia compartida** cuando la distancia entre los domicilios de los progenitores es tal que provoca una situación de alteración de la vida normal del menor, y que esto, precisamente, es lo que ocurre en el presente caso. Añade que el régimen de guarda mixto adoptado por la sentencia recurrida compromete sin lugar a duda la necesaria estabilidad del menor, por cuanto pone en peligro el desarrollo de su personalidad y el desenvolvimiento de sus hábitos y relaciones sociales, así como la relación materno filial, por cuanto el menor estará durante cinco meses al año bajo la guarda exclusiva de su padre.

Este argumento es puramente especulativo. Además, distorsiona lo acordado por la Audiencia Provincial, que lo que intenta, siendo perfectamente consciente de las dificultades que presenta el caso, dadas sus particulares circunstancias, especialmente, la distancia existente entre DIRECCION001 y DIRECCION002, es dotar al menor, sobre todo desde el momento clave de su escolarización, y en el entendimiento de que lo mejor para él es que pueda pasar el mayor tiempo posible con ambos progenitores, del marco vivencial más estable posible, considerando que para ello es necesario, a la vista de las circunstancias del caso, que Nazario viva en DIRECCION002. Es cierto que el sistema de guarda y **custodia** que establece la sentencia va a suponer no solo para el menor, sino también para los progenitores, un esfuerzo de adaptación. Esto es algo consustancial en este tipo de situaciones, en las que siempre se produce una quiebra o, cuando menos, alteración del *statu quo* y, por lo tanto, durante un cierto tiempo, una inevitable inestabilidad. Pero que el cambio o lo nuevo exija un esfuerzo de adaptación no significa, por ello, que sea perjudicial, ni que vaya a conllevar una inestabilidad insuperable y dañina. La recurrente no menciona ni una sola prueba que sirva para apoyar o dar cobertura, siquiera mínima, a todo lo que afirma. Nada nos permite concluir, máxime atendida la corta edad del menor, que el cambio que va a experimentar le vaya a causar un perjuicio por razones de desarraigo de naturaleza cultural, idiomática o social. Y tampoco podemos aceptar, como se dice, que el régimen de guarda y **custodia** mixto adoptado por la sentencia recurrida comprometa sin lugar a duda la relación materno filial al estar el menor durante cinco meses al año bajo la guarda exclusiva de su padre, puesto que si así fuese del mismo modo deberíamos aceptar que el que propone la recurrente, de guarda y **custodia** exclusiva a su favor, comprometería todavía más la relación paterno filial, incluso siendo muy amplio el régimen de visitas.

4.4 La recurrente argumenta, por último, que no se han ponderado otros parámetros de especial importancia tales como la distancia de los domicilios, la permanencia del menor con la madre hasta los dos años en la localidad de DIRECCION001, donde se encuentra empadronado, obligándolo a desplazar su residencia a la localidad de DIRECCION000, así como estableciendo su escolarización obligatoria en dicha localidad, lo que implica someter al menor a vivir en un marco social, cultural y educacional distinto al que conoce, y sin que se haya justificado ninguna ventaja que pudiera derivarse de residir en la localidad de DIRECCION000 frente a la de DIRECCION001, que es donde se encontrará residiendo con su madre hasta el mes de noviembre de 2023.

Lo que dice la recurrente choca, abiertamente, con lo que resulta de la lectura de la sentencia recurrida. La Audiencia Provincial ha considerado y ponderado la corta edad del menor, la distancia existente entre DIRECCION001 y DIRECCION002, los periodos y horarios laborales de los progenitores, las aptitudes y actitudes de ambos para el cuidado del menor, y el apoyo familiar con el que cuentan. Y también ha considerado que la recurrente desde hace años ha venido repartiendo su residencia entre DIRECCION001 y DIRECCION002, y que en esta última localidad dispone de una casa familiar a la que acude con sus progenitores y en la que tradicionalmente ha vivido los meses en los que no trabajaba en el hotel de DIRECCION001 en el que está empleada como fija discontinua desde hace veintiún años durante el periodo que va desde el principio del mes de abril hasta el final del mes de octubre. Este conjunto de circunstancias, que son las que califican el caso, y las que pondera la Audiencia Provincial, son las que explican el sistema de guarda y **custodia** que establece en la sentencia y, también, que considere preciso que Nazario viva y se escolarice en DIRECCION002, como medidas todas necesarias para que este pueda pasar el mayor tiempo posible con sus dos progenitores y disfrutar de una situación lo más parecida que se pueda a una familia sin crisis de pareja, que es lo que la Audiencia Provincial juzga, de forma razonada y razonable, como lo más conveniente y adecuado para preservar su interés superior y conseguir su mayor beneficio, ya que ambos progenitores le quieren y cuentan con posibilidades económicas, deseos, y habilidades para atenderle, y su madre puede, si lo desea, trasladarse a DIRECCION002, como ha venido haciendo tradicionalmente durante cinco meses al año (casi la mitad),



puesto que su trabajo se lo permite, y además cuenta con una vivienda familiar donde alojarse, lo que no puede hacer el padre que tiene unas jornadas laborales anuales y no dispone de vivienda en DIRECCION001 .

En definitiva, lo que razona la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida no vulnera nuestra doctrina sobre el interés superior del menor y el juicio de ponderación que debe realizarse a la hora de decidir sobre su guarda y **custodia**, pues, como hemos declarado reiteradamente, en línea con la doctrina constitucional, para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor "[h]a de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio" (por todas, sentencia 379/2024, de 14 de marzo). Además, como también hemos dicho, "[e]l recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia. El único límite de la revisión es que el citado interés [el superior del menor] no se haya respetado o que su protección sea sólo aparente, puramente formalista o estereotipada. Por el contrario, si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación" (por todas, sentencia 758/2022, de 7 de noviembre).

Por lo tanto, los dos primeros motivos se desestiman.

5. En el motivo tercero la recurrente alega que tiene su residencia habitual en DIRECCION001 , donde tiene una vivienda en propiedad y un trabajo estable desde hace veintiún años, por tanto, muchos años antes al nacimiento de su hijo Nazario ; que la sentencia recurrida la obliga a dejar su lugar de residencia y trabajo durante seis meses al año (noviembre a abril de cada año) si quiere disfrutar de la compañía de su hijo; y que dicha circunstancia supone de manera evidente un quebrantamiento de su derecho a elegir libremente su lugar de residencia.

La Audiencia Provincial dice que comprende a la madre cuando alega que establecer un lugar prioritario de residencia para Nazario en DIRECCION002 la limitará o la obligará, en su caso, a estar en dicha localidad cinco meses (aquellos en los que no trabaja), coartando su libertad ambulatoria, pero añade que lo mismo podría alegar el padre si tuviera que desplazarse a la provincia de Barcelona, máxime cuando ello acortaría sensiblemente su estancia con el menor, ya que no goza de la misma disponibilidad temporal de la que goza ella.

Lo que señala el tribunal de apelación es ecuánime y razonable. Y la situación que describe, resultado inevitable de lo que hace con la intención de garantizar del modo que considera más adecuado el interés superior del menor, a saber, establecer el sistema de guarda y **custodia** que, valoradas las circunstancias del caso, considera más beneficioso no para la madre, sino para el menor. Y entre dichas circunstancias, el tribunal de apelación tiene en cuenta, como ya hemos dicho, que, desde hace años, la recurrente ha venido repartiendo su residencia entre DIRECCION001 y DIRECCION002 , y que en esta última localidad dispone de una casa familiar a la que acude con sus progenitores y en la que tradicionalmente ha vivido los meses en los que no trabajaba en el hotel de DIRECCION001 en el que está empleada como fija discontinua desde hace veintiún años desde el principio del mes de abril hasta el final del mes de octubre.

Además, como recuerda la STC 178/2020, de 14 de diciembre:

"[s]on muy numerosos ya los pronunciamientos en los que este tribunal ha insistido en la necesidad de que todos los poderes públicos cumplan el mandato dirigido a ellos en el art. 39 CE y atiendan de un modo preferente la situación del menor de edad, observando y haciendo observar el estatuto del menor como norma de orden público [...] incluso si ello significa [...] sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros [...] Hemos advertido en todas aquellas ocasiones en las que se nos ha planteado una posible lesión del derecho fundamental de un menor, que su interés superior "inherente a algunas de las previsiones del art. 39 CE es, considerado en abstracto, un bien constitucional suficientemente relevante para motivar la adopción de medidas legales que restrinjan derechos y principios constitucionales [...] En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [...]".

Por tanto, el motivo tercero también se desestima.

6. Al rechazarse todos los motivos del recurso de casación procede la desestimación de este.

CUARTO. *Costas y depósitos*

Al desestimarse el recurso de casación se imponen las costas generadas por dicho recurso a la recurrente, con pérdida del depósito para recurrir (arts. 398.1 y 394.1 LEC y disposición adicional 15.ª, apartado 9.ª, LOPJ, respectivamente).



FALLO

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

Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Concepción contra la sentencia dictada por la Sección N. 6 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con el n.º 123/23, el 10 de marzo de 2023, en el recurso de apelación 988/2022, e imponer las costas de dicho recurso a la recurrente, con pérdida del depósito 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ