



Roj: **STS 1414/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1414**

Id Cendoj: **28079110012018100223**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/04/2018**

Nº de Recurso: **2309/2017**

Nº de Resolución: **229/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP NA 747/2017,**
STS 1414/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 229/2018

Fecha de sentencia: 18/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2309/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA SECCIÓN 3.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: Aav

Nota:

CASACIÓN núm.: 2309/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 229/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 18 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por don Roberto , representado por la procuradora doña María José González Rodríguez, bajo la dirección Letrada de doña M.ª del Mar García Ibarra, contra la sentencia dictada con fecha 11 de abril de 2017 por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Pamplona en los autos de divorcio contencioso n.º 842/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Pamplona. Ha sido parte recurrida doña Candida , representada por el procurador don Joaquín Fanjul de Antonio, bajo la dirección letrada doña Sara Centeno Rubio. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- El procurador don Javier Araiz Rodríguez, en nombre y representación de doña Candida , interpuso demanda de divorcio contra don Roberto y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«se declare el divorcio de los cónyuges, acordando la inscripción de la resolución en el Registro civil.

»como efectos personales y patrimoniales de la anterior declaración se solicita del Juzgado que, en Sentencia, se ratifiquen las Medidas acordadas en la referida pieza con las precisiones realizadas en el Hecho Séptimo y, en consecuencia, se acuerde:

»1º- En materia de PATRIA POTESTAD que se mantenga la residencia permanente de los menores Domingo y Visitacion en Japón, junto con su madre.

»2º- Que se atribuya a la madre la GUARDA Y CUSTODIA de los menores.

»3º- Que se establezcan visitas para que el Sr. Roberto pueda estar con sus hijos en España todos los años las vacaciones de verano e invierno o primavera, alternativamente, siempre que no interfiera en las obligaciones de los niños de acudir al Colegio, realizándose los traslados y pago del coste de desplazamiento conforme lo previsto en la pieza de Medidas Previas. Todo ello sin perjuicio del derecho de visita en Japón por el padre conforme a lo dispuesto en el referido Auto.

»4º.- Deberes de comunicación por Skype u otro medio informático en la forma prevista en el Auto de Medidas.

»5º.- El padre deberá contribuir a las cargas del matrimonio con la suma de 600 € para los dos menores con las actualizaciones y precisiones en materia de gastos extraordinarios realizados en el Auto de Medidas, incluido lo relativo a las clases de español».

2.º- El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

3.º- La procuradora doña María José González Rodríguez, en nombre y representación de don Roberto , contestó a la demanda y formuló reconvenición y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«-Que le sea concedida LA GUARDA Y CUSTODIA de los menores Domingo Y Visitacion entre sus dos progenitores DON Roberto y Doña Candida con los siguientes efectos personales y patrimoniales:

»-padre y madre compartirán la patria potestad de sus hijos.

»-los menores residirán en periodos alternativos de un año, con cada uno de sus progenitores, es decir con el señor Roberto en España por un año y con la madre señora Candida en Japón el año siguiente y así sucesivamente.

»-cada uno de los progenitores correrá con los gastos de manutención y escolares de sus hijos en el periodo que le corresponda.

»-en cada periodo de un año, se establecerá un régimen de visitas para el cónyuge con el que no convivan ese año los menores, coincidiendo con las vacaciones escolares.

-los gastos de los billetes aéreos de vacaciones serán compartidos al 50% entre ambos progenitores pudiendo reducir el numero de vuelos.



»-los gastos extraordinarios serán al 50% entre ambos progenitores, previa presentación para su aprobación al otro progenitor del gasto extraordinario.

»-el padre don Roberto se compromete a trasladar su residencia a Madrid para que los menores puedan realizar sus estudios en el colegio japonés, no teniendo que cambiar los niños de plan de estudios y de fechas de comienzo y finalización del curso escolar».

Por auto de fecha 28 de Octubre de 2013, no se admitió la reconvenición formulada.

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Pamplona, dictó sentencia con fecha 29 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando en parte la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. JAVIER ARAIZ RODRÍGUEZ en representación de D.^a Candida contra D. Roberto representado por la Procuradora D.^a MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, debo declarar y declaro disuelto por Divorcio el matrimonio contraído por ambos el 13 de agosto de 1999, adoptando las siguientes medidas de forma definitiva».

«1.Se atribuye a ambos progenitores la titularidad y ejercicio de la patria potestad en los términos recogidos en el Auto dictado en sede de Medidas Previas y con las prevenciones realizadas en el fundamento de derecho tercero.

»2.Se atribuye la guardia y custodia de los menores Domingo y Visitacion a la Sra. Candida , siendo su residencia la localidad del país en que viven.

»3. En defecto de acuerdo entre los progenitores, que tendrá preferencia, el Sr. Roberto podrá estar con sus hijos en España las vacaciones de verano, así como las de invierno, que suelen cubrir finales de diciembre y principio de enero.

» En cuanto a las de primavera, sin embargo, podrán disfrutarse por el Sr. Roberto durante un periodo máximo de siete días en el país de residencia de los niños, siendo el Sr. Roberto el que se traslade por tanto a dicho país, si lo estima oportuno, El resto de dichas vacaciones de Semana Santa se disfrutarán por la madre. El padre podrá estar y pernoctar con ellos en el domicilio de los menores, para lo que la madre se trasladará a otra vivienda, salvo que opte por otro lugar que en todo caso deberá informar a la madre, para su debido conocimiento.

»A falta de otro acuerdo, el traslado se llevará a cabo por vía aérea, de forma que los niños vengan acompañados a través del sistema de acompañamiento que las compañías ofertan, intentando que el vuelo sea directo a un punto intermedio como Madrid, donde el padre puede trasladarse a recogerlos, evitando así trasbordos. Llevándose a cabo la vuelta en los mis términos y recogidos en el lugar de destino del vuelo en Japón, la Sra. Candida .

»De igual modo, el coste del desplazamiento de los menores en los periodos correspondientes será por mitades, al igual que el coste del billete de las visitas del padre. El Sr. Roberto será quien haga las reservas de los billetes de avión a efecto de asegurarse que los hijos dispondrán de plaza en las fechas previstas abonando la Sra. Candida la mitad del importe total, evitando de este modo que ambas partes realicen desembolsos superiores. Para ello se comunicarán los inicios de cada uno de los periodos escolares con la antelación suficiente como para poder llevarlo a cabo. En todo caso, los billetes de vuelta a Japón, tanto en Navidad como en verano deberán contemplar el regreso con cinco días de antelación a la finalización de la mismas y comienzo del curso, de forma que ese número de días pueda estar ya en su país, para que puedan adaptarse al cambio horario. Sin perjuicio que de producirse discrepancias, tenga que resolver como hasta ahora el Juzgado.

»Así mismo, ambos progenitores pero especialmente el Sr. Roberto podrán contactar con los niños vía telemática a través de la Web CAM Skype o sistemas similares, de lunes a jueves, durante unos diez/quina minutos aproximadamente, tras la finalización de los estudios de sus hijos) antes de la cena, ejerciéndose el mismo de forma razonable para no interrumpir en exceso los horarios de descanso y actividades de los niños. La comunicación de viernes a domingo podrá tener una mayor duración, pero respetando también esos factores.

»Así mismo, si el padre viaja a Japón fuera de los periodos vacacionales, lo que deberá comunicar con antelación suficiente para que puedan organizarse, también podrá estar con los menores, si es entre semana recogidos del colegio y estando con ellos hasta las 20.00 horas y si es en fin de semana pudiendo pasarlo de forma completa.

»5. El Sr. Roberto deberá abonar a la Sra. Candida en concepto de pensión alimenticia a favor de los menores, la cantidad de 600 euros mensuales durante doce mensualidades. Dicho importe se actualizará anualmente

conforme a las variaciones que sufra el IPC y deberá ingresarse por el mismo, en los cinco primeros días del mes en la cuenta corriente que designe aquella.

»Los gastos extraordinarios y necesarios que puedan surgir, notificando el hecho que motiva el gasto y el importe del mismo, a efectos de su aprobación por los progenitores, deben ser asumidos conjuntamente por ambos y por mitad, resolviéndose judicialmente la controversia en el caso de no ser aceptado.

»A tales efectos se entiende por tales, todos los derivados de enfermedad grave o prolongada, intervención quirúrgica, internamiento en centros sanitarios y, en general, los médicos, sanitarios y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o Seguros concertados por los padres; así mismo, los gastos escolares distintos de la matrícula propiamente dicha tales como los libros de texto y material que se devenguen al inicio del curso y las clases particulares si fueran necesarias para la superación de los cursos, así como los derivados de los estudios universitarios y post universitarios y de capacitación profesional en las cuantías que no estén subvencionados.

»Así mismo, se consideran como tales las clases de español que deberán recibir ambos niños, para conservar el idioma paterno.

»Los gastos extraordinarios pero no necesarios en el sentido previsto en el apartado anterior tales como actividades extraescolares, clases de idiomas, deportes etc se abonarán por ambos, cuando ambos estén de acuerdo en su realización. En caso contrario se abonarán por aquél que contraiga la obligación.

»Los gastos extraordinarios se acreditarán mediante la correspondiente factura, o certificado emitido, donde conste el concepto y la naturaleza del mismo. La comunicación del mismo se efectuará por cualquier medio que garantice su recepción. Si el progenitor al que se le comunique el mismo no contesta en un plazo de 10 días, se entenderá que presta su consentimiento de forma tácita.

»6. Por último, se deja sin efecto el aval bancario que se exigió a la Sra. Candida en garantía del cumplimiento del régimen de estancias.

»No se hace expresa imposición de las costas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpusieron recurso de apelación las representaciones procesales de doña Candida y de don Roberto . La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Pamplona, dictó sentencia con fecha 11 de abril de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Esta Sala acuerda la íntegra desestimación de los motivos de recurso alegados por la representación de Don Roberto y por la representación de Doña Candida contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Pamplona en fecha 29 de mayo de 2015 , cuyo contenido ratificamos íntegramente.

»No procede hacer expresa condena en costas».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Roberto con apoyo en el siguiente. Motivo: Único.- Según el acuerdo 30 de diciembre de 2011 de los Magistrados de la sala Primera del Tribunal Supremo sobre criterios de admisibilidad. Modificar la Jurisprudencia en relación con el problema jurídico planteado por evolución de la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia. En este caso guarda y custodia compartida entre progenitores de distinta **nacionalidad** y que residan en distintos países.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 29 de noviembre de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Joaquín Fanjul de Antonio, en nombre y representación de doña Candida , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de abril de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se formula recurso de casación para que se modifique la jurisprudencia de esta sala «en relación con el problema jurídico planteado por la evolución de la realidad social o la común opinión de la



comunidad jurídica sobre una determinada materia», en este caso sobre la guarda y custodia compartida entre progenitores de distinta **nacionalidad** y que residan en distintos países.

Quien lo formula, don Roberto , estaba casado desde el 13 de agosto de 1999 con doña Candida , de **nacionalidad** japonesa, de cuyo matrimonio tuvieron dos hijos: Domingo , nacido en Francia el NUM000 de 2003, y Visitacion , nacida en Japón el NUM001 de 2008. El matrimonio vivió dos años en Francia y posteriormente se trasladaron a Japón en donde fijaron su residencia hasta que, como consecuencia del tsunami ocurrido el 11 de marzo de 2011, ambos progenitores acordaron el regreso a España de Roberto con los dos niños, quedando la madre en Japón.

Posteriormente, en febrero de 2012, la Sra. Candida viajó a España regresando después a Japón junto con la menor Visitacion y en mayo del mismo año volvió con la intención de llevarse también a Domingo . El 25 de junio de 2013, se dictó auto acordando la separación provisional de los cónyuges y la atribución de la guarda y custodia de los menores a su madre, siendo su residencia la localidad en que vive, fijando un régimen de estancias del padre con sus hijos.

La Sra. Candida formuló demanda de divorcio concluido mediante sentencia de 29 de mayo de 2015 en la que se acordó el divorcio y como medidas, en lo que aquí interesa, el mantenimiento de la patria potestad conjunta sin perjuicio de su posible cambio en función de las circunstancias concurrentes, en la forma señalada en la sentencia, la atribución a la esposa de la guarda y custodia de los hijos, con visitas a favor del padre y una pensión de alimentos de 600 euros para los menores y la mitad de los gastos extraordinarios. La sentencia fue confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso de apelación formulado por ambos padres.

SEGUNDO.- El recurso se desestima. Lo que el recurrente ha formulado es en realidad un escrito de alegaciones propio, a lo sumo, de un recurso de apelación, sin una estructura lógica y ordenada, sin identificar con precisión los pronunciamientos que interesan para la solución del conflicto, en el que ofrece de una forma exhaustiva, contraria a las recomendaciones de esta sala, su visión sobre el régimen de guarda y custodia compartida a partir de unos informes de personas de reconocido prestigio sobre la bonanza de este sistema para garantizar la biculturalidad, prescindiendo de hacer una mínima valoración crítica de los informes y pruebas que se han practicado contradictoriamente en el procedimiento, y que con absoluto detalle se han tenido en cuenta en ambas instancias, sin advertir de qué forma la jurisprudencia de esta sala no se acomoda, o necesita acomodarse, a la realidad social que pretende cambiar, teniendo en cuenta que el padre vive en Pamplona y la madre en Tokio con los dos hijos del matrimonio.

Se ha dicho reiteradamente por esta sala, desde la sentencia de 29 de abril de 2003 , que la guarda y custodia compartida es el sistema normal e incluso deseable, y que son las circunstancias del caso las que a la postre van a ser determinantes para adoptarlo. En la sentencia 4/2018, de 10 de enero , que cita la 748/2016, de 21 de diciembre , se dice lo siguiente: «el hecho de que esta sala se haya manifestado reiteradamente a favor de establecer el régimen de custodia compartida -por ser el más adecuado para el interés del menor- no implica que dicho interés determine siempre la constitución de tal régimen si se considera desfavorable».

Lo argumentado, en definitiva, ni es en sí mismo un verdadero recurso de casación, ni es una cuestión necesitada de una readaptación a la realidad social sobre la base de presupuestos que esta sala ha tenido en cuenta sobre las ventajas de este sistema (sentencias 166/2016, de 17 de marzo , 526/2016, de 12 de septiembre , 413/2017, de 27 de junio entre otras), similares a las que se invocan en el recurso:

- a) Se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- b) Se evita el sentimiento de pérdida.
- c) No se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- d) Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

Se olvida que lo que es, y lo que sigue siendo, primordial en todo el entramado normativo nacional o internacional sobre los derechos del niño es el interés superior de los menores que es de orden público y está por encima del vínculo parental, y este interés, conforme resulta de la valoración que se ha hecho en ambas instancias de los datos de prueba y de la exploración de Domingo , demanda de un lado, que lo mejor o más conveniente para ellos es que sigan bajo la custodia de su madre en Tokio, en un ambiente que no les es extraño pues allí tuvo su residencia habitual la familia durante algunos años, y descarta, de otro, que, la guarda y custodia sea de forma compartida con alternancia anual en cada país, dado el elevado coste emocional y el perjuicio que dicha solución tiene para su desarrollo, pues se vería afectado.



Debe añadirse a todo ello lo siguiente:

- (i) la custodia alterna que plantea el padre, más que compartida es una guarda por periodos de tiempo.
- (ii) nada se argumenta, al margen de lo que pueda resultar de los informes extemporáneamente aportados, sobre los posibles beneficios que pueda ofrecer este sistema a los dos hijos. Pero es que, además, el efecto negativo que para ellos tiene viene avalado por la prueba pericial psicológica;
- (iii) la distancia existente entre ambos domicilios no solo dificulta, sino que hace inviable, la medida de custodia compartida en la forma interesada, dada la distorsión que ello puede provocar y las alteraciones en el régimen de vida de los menores, que precisan de un marco estable de referencia, y,
- (iv) de acogerse, como se interesa, la situación de los dos niños se vería agravada por el hecho de que el padre oferta un proyecto educativo en un colegio japonés en Madrid, con el fin de facilitarles la integridad de sus dos identidades, y, con Independencia de cómo va a hacerse efectivo ese traslado, especialmente del padre, lo cierto es que el trabajo y la residencia en España la tiene el padre y la tuvieron los hijos en un determinado momento en Pamplona, que es su entorno de referencia en España.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer 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 Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación legal de don Roberto por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Navarra, de fecha 11 de abril de 2017 , con expresa imposición de las costas a la recurrente.

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.