



Roj: **STS 5223/2015 - ECLI:ES:TS:2015:5223**

Id Cendoj: **28079110012015100680**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/12/2015**

Nº de Recurso: **2015/2013**

Nº de Resolución: **710/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 11501/2013,**
STS 5223/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Diciembre de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio nº 868/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Cayetano , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Mª del Carmen Ortiz Cornago; siendo parte recurrida doña Crescencia , representado por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Argimiro Vazquez Guillen, en nombre y representación de doña Crescencia , interpuso demanda de juicio de separación conyugal, contra don Cayetano y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

- 1.- La separación del matrimonio contraído entre doña Crescencia y don Cayetano .
- 2.- Que se libre comunicación al encargado del Registro Civil donde obra inscrito el matrimonio de los litigantes y nacimiento de los hijos para que se anote suficientemente la Sentencia de Separación que en su día se dicte.
- 3.- Que se acuerde la disolución del régimen económico matrimonial.
- 4.- Que se confirmen las medidas establecidas en el Auto de Medidas Provisionales Previas de 23 de septiembre de 2011 con las siguientes particularidades:

En lo que refiere al régimen de visitas, estancias y comunicaciones:

Que se establezca la obligación del Sr. Cayetano de desplazarse a Madrid dos fines de semana al mes para dar cumplimiento al régimen de visitas que se establece en el Auto, evitando los grandes inconvenientes que supondría para los niños desplazarse a Lisboa.

Este desplazamiento del padre a Madrid ha de prolongarse hasta que la niña menor cumpla 10 años, y pudiendo desplazarse los niños a Portugal en los periodos vacacionales en los que, por existir un margen mayor para la vuelta, los niños ya no vivirán situaciones de estrés como las descritas.



Que el fin de semana del que puede disfrutar el padre con sus hijos sea considerado en sentido estricto de viernes a domingo, sin perjuicio, de la facultad de D. Cayetano de recoger cuando considere oportuno - y con previo aviso- a los menores del colegio y restituirlos a las 21 horas, facultad que consideramos mas conveniente y no de miércoles a lunes puesto que son demasiados días sin que la madre pueda verlos. En caso de que se mantenga que se permita a la madre cenar con sus hijos los miércoles y jueves.

Que los "puentes escolares" sean equitativamente distribuidos entre los dos progenitores, disfrutando estos con carácter alternativo.

Que para el hipotético caso de que las visitas se sigan produciendo en Portugal, o en todo caso para cualquier entrega o recogida de los menores, se solicita que se modifique el lugar de entrega y recogida de los menores y se establezca un "punto neutro" de recogida.

Por lo que respecta a las vacaciones de Semana Santa SE

ESTABLEZCAN CON CARÁCTER ALTERNATIVO, LOS AÑOS IMPARES CON LA MADRE Y LOS PARES CON EL PADRE.

Por lo que respecta a las VACACIONES DE VERANO, QUE SE

MANTENGA EL SISTEMA DEL AUTO DE MEDIDAS SI BIEN EL PRIMER PERIODO DEBE SER ALTERNATIVO ENTRE LOS CÓNYUGES (YA QUE DE MANTENERSE EL SISTEMA VIGENTE RESULTA QUE LA MADRE ESTARÍA CASI DOS MESES SIN VER A LOS NIÑOS).

2.- Que se declare la obligación del Sr. Cayetano de pagar una pensión mensual de 5000 EUROS MENSUALES en concepto de alimentos para los dos hijos del matrimonio (3500 € mensuales para cada uno); pagaderas por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, por 12 mensualidades al año, con efectos retroactivos a la interposición de la demanda. Dicha cantidad será actualizada cada año en proporción a la variación que experimente el índice de precios al consumo, según los datos que al efecto publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo oficial que lo sustituya, en su caso.

3.- Que se establezca la obligación de pago de los gastos extraordinarios al 50% por ambos progenitores, debiendo considerarse como tales, además de los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, los gastos de uniformes y chándal del colegio, libros pagados al inicio curso escolar, actividades lúdicas o académicas que programe el centro escolar, así como actividades extraescolares que realicen los niños, entre otros.

4. - Que se condene en costas a la parte demandada, si se opusiere a la demanda.

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.

2.- La procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de don Cayetano , contestó a la demanda y formuló reconvencción en la que, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: CONTESTADA LA DEMANDA DE SEPARACION y DEMANDA RECONVENCIONAL, interpuesta por Doña Crescencia y, previos los trámites legales preceptivos, se dicte Sentencia por la que se acuerde la adopción de las siguientes medidas:

1º.- Se decrete la disolución del vínculo matrimonial por causa del divorcio.

2º.- Cesación de la presunción de convivencia matrimonial.

3º.- Revocación de los poderes y consentimientos que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

4º.- La atribución de guarda y custodia de los menores al padre.

5º.- Mantener el régimen de visitas establecido en Auto de medidas provisionales previas de fecha 23 de septiembre de 2.011 a favor del progenitor no custodio (con independencia de quien sea, el padre o la madre).

6º.- Se establezca en concepto de pensión alimenticia:

6º.a. En caso de que se atribuya la guarda y custodia de los menores al padre: 1000 euros mensuales (500 euros mes hijo) a abonar por la Sra Crescencia al Sr. Cayetano en la cuenta que éste designe, actualizandose anualmente conforme al IPC que publique el INE portugués con efectos al uno de enero de cada año.



6º.b. En caso de que se atribuya la guarda y custodia de los menores a la madre: 1500 euros mensuales (750 euros mes hijo) a abonar por mi mandante en la cuenta de la Sra. Crescencia , actualizándose anualmente conforme al IPC que publique el INE con efectos 1 de enero de cada año.

En ambos casos los gastos extraordinarios de los menores consentidos y consensuados, serán abonados por ambos progenitores al 50%.

7º.- Se condene en costas a la adversa en caso de oponerse a estas pretensiones.

El procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de doña Crescencia , contestó a la reconvenición oponiéndose los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado la desestimación de la reconvenición al faltar los presupuestos de respeto del vínculo matrimonial que conllevan a la disolución del matrimonio por divorcio manteniendo el resto de las medidas solicitadas por esta parte en la demanda de separación presentada el día 24 de octubre de 2011.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 79 de Madrid, dictó sentencia con fecha 26 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLEN en nombre y representación de Dª Crescencia formulada contra D. Cayetano representado por Dª CARMEN ORTIZ CORNAGO y estimando la demanda reconvenicional formulada de contrario, debo declarar y declaro disuelto, por divorcio, el matrimonio de ambos cónyuges, adoptando como medidas definitivas las siguientes:

1.- La disolución del matrimonio de ambos cónyuges, cesando la presunción de convivencia conyugal.

2.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado en favor del otro, y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

3.- La atribución de la guarda y custodia de los dos hijos menores de edad, Agustín , nacido el día NUM000 de 2001 y Inés , nacida el NUM001 de 2006, a la madre, Dª Crescencia . Se fija como lugar de residencia de los menores la ciudad de Madrid (España). Cualquier cambio de residencia deberá decidirse de mutuo acuerdo por los progenitores o en su defecto, con autorización judicial.

4.- Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad (responsabilidad parental), de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del C Civil . Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a sus hijos adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los hijos deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto a los hijos tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en el ámbito escolar, o en el sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas. Sobre esa base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio de modelo educativo. 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. Se impone igualmente la intervención y decisión de ambos padres en las celebraciones religiosas, tanto en lo relativo a la realización del acto religioso como al modo de llevarlo a cabo sin que al respecto tenga prioridad el progenitor a quién le corresponda el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar los gastos.

Los dos padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos 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 del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijos y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de los hijos podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con los menores pueden producirse.

5.- Como régimen de estancias y visitas para D. Cayetano , se establece que podrá estar en la compañía de sus hijos menores de edad, en la forma siguiente.

A.- Les tendrá consigo, salvo mejor acuerdo entre los padres, en fines de semana alternos, de manera que uno de ellos, la estancia deberá ser en Portugal y al siguiente en Madrid y así de forma sucesiva y alterna.



El fin de semana (Si hubiese un puente escolar, o festivo unido al fin de semana se entenderá ampliado a su duración) que le corresponda al padre estar con los niños en Portugal, será la madre quien se encargará de que los menores se trasladen a Portugal, bien acompañados por ella misma o una tercera persona, o bien por el servicio de acompañamiento de la compañía aérea que corresponda, en cuyo caso, el padre deberá encargar a una persona de su confianza la recogida de los niños, para evitar cualquier enfrentamiento entre los padres en presencia de los menores. La madre deberá en todo caso, comunicar al padre con antelación suficiente el vuelo y hora de llegada en función del viaje. Será la madre quien se encargue de la gestión y adquisición de los billetes, debiendo los niños viajar a Portugal los viernes por la tarde y regresar el domingo por la tarde o en caso de que sea puente escolar o festivo unido al fin de semana, desde la tarde del inicio a la tarde del fin del mismo. En todos los casos, la entrega y recogida de los menores será en el aeropuerto de Lisboa, si bien el padre deberá delegar en una persona de confianza la recogida de los menores, para evitar enfrentamientos entre ambos, en perjuicio de los niños. Para el regreso a Madrid igualmente serán entregados en el aeropuerto de Lisboa a quien corresponda, según el sistema de acompañamiento elegido en cada caso.

El fin de semana que le corresponda al padre estar con los niños en Madrid, los tendrá consigo desde el viernes a la salida del colegio reintegrándoles el martes en el centro escolar.

B.- VACACIONES: *el padre estará con los menores de la forma siguiente en los periodos vacacionales:*

Vacaciones de Navidad: cada uno de los progenitores tendrá en su compañía a los menores durante la mitad de sus vacaciones escolares, tomando como referencia el calendario escolar del centro escolar donde los menores acudan y conforme a los siguientes periodos:

a) Primer periodo: desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el día 30 de diciembre a las 12 horas.

b) Segundo periodo: desde la finalización del anterior hasta el día anterior al inicio de la actividad escolar a las 12 horas. Salvo mejor acuerdo entre los padres, tales periodos se distribuirán de manera que los años pares, estarán con la madre el primer periodo y con el padre el segundo y los años impares, estarán con el padre el primer periodo y con la madre el segundo.

-Vacaciones de Semana Santa: estarán los menores todos los años con el padre, debiendo ser el padre quien venga a recogerles a Madrid, el día de finalización. Y debiendo reintegrarles al domicilio materno, el día anterior al inicio de la actividad escolar. Las horas de retomo a Madrid estarán en función de los viajes y deberán ser comunicadas por el padre a la madre, de manera que sea ésta o persona por ella designada quien recoja a los menores en el aeropuerto de Barajas. El padre, al igual que en el resto de los supuestos deberá decidir con quien van acompañados los menores. Este será el sistema de entrega y recogida aplicable salvo que se haya acordado otra cosa de forma expresa.

-Vacaciones de Verano: los periodos vacacionales estivales a fin de su reparto serán los siguientes:

a) primer periodo: desde el día siguiente a la finalización del curso escolar hasta el 10 de julio: estarán con el padre todos los años.

b) segundo periodo: desde la finalización del primero hasta el día 15 de agosto.

c) tercer periodo: desde la finalización del anterior hasta el día anterior al inicio de las actividades escolares.

El segundo y tercer periodo se distribuirán de manera que los años pares, estarán con la madre el segundo periodo y con el padre el tercer periodo y en los años impares, a la inversa, quedando la distribución de los otros periodos inalterable, salvo acuerdo entre los progenitores

C.- *el padre podrá visitar a los menores en Madrid, previo aviso a la madre, con una semana de antelación, siempre que no sea en los fines de semana o vacaciones que a la madre correspondan, en cuyo caso, podrá recoger a los niños del centro escolar, y reintegrarlos al domicilio materno a las 21 horas.*

D.- *cada progenitor asumirá el coste de los traslados que deba realizar*

E.- *cada progenitor, en los periodos en que los niños estén con él/ella, podrá comunicar telefónicamente con los menores, debiendo ambos facilitar ese contacto. A tal fin, deberán comunicarse un número de teléfono o procurar los medios de comunicación necesarios (skype, correo electrónico...) En defecto de acuerdo, esa comunicación con los menores podrá llevarse a cabo todos los días entre las 19.30- 20.30 horas, (hora española).*

6. *En concepto de pensión alimenticia, D. Cayetano deberá entregar a D^a Crescencia , la cantidad de 1.530 € mensuales por cada uno de los menores (en total 3.060€) que serán pagadas dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, siempre y en todo caso, en la cuenta corriente que al efecto*



designe. Esta pensión se devengará desde la fecha de esta resolución. Dicha pensión será actualizada a partir del 10 de enero de cada año una vez se publique el índice de precios al consumo por el INE.

En relación con los gastos extraordinarios de los menores, se satisfarán de la forma siguiente:

a) Los que tengan un origen médico, y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por los dos progenitores, se abonarán por ambos por mitad.

b) Los que tengan un origen lúdico o académico y no hayan sido consentidos por ambos padres, se abonarán por el progenitor que haya acordado su realización.

Los gastos reclamados y el consentimiento del otro progenitor deberán ser justificados documentalmente en cuanto a su importe y, al necesario consentimiento del otro progenitor

7.- D^a Crescencia deberá llevar a cabo lo necesario para que se descarte la existencia de un problema físico que justifique el problema de enuresis del niño, atribuyéndose esa facultad a la madre porque dada la distancia entre ambos progenitores, es quien puede organizar las citas médicas al efecto, sin perjuicio de que le comunique al padre las pruebas y resultados. En cuanto a la necesidad de tratamiento psicológico, descartada la discrepancia, el menor deberá seguir el tratamiento psicológico que necesite, siendo en los autos n 879/2012 donde se atribuirá a uno de los progenitores la facultad de elegir el profesional, una vez presentadas las propuestas que les han sido requeridas a ambos progenitores

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpusieron recursos de apelación las representaciones procesales de doña Crescencia y don Cayetano . La Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 25 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLAMOS : Que desestimando el recurso de apelación formulado por Don Cayetano y estimando en parte el recurso de apelación formulado por Doña Crescencia contra la Sentencia dictada en fecha 26 de octubre de 2012, por el Juzgado de Primera Instancia n° 79 de los de Madrid , en autos de separación seguidos, bajo el n° 868/11, entre dichos litigantes, debemos revocar y revocamos parcialmente la resolución impugnada. En el sentido de declarar y disponer que los viajes de los niños a Lisboa en cumplimiento de las visitas del padre con los niños se podrán realizar por el medio que acuerde la madre, y en este caso, se producirá la recogida de los menores, en estos supuestos en que se produzca el desplazamiento por otro medio que no fuera el aéreo, a través también de una persona de confianza del padre y la entrega de los niños igualmente se hará a través de una persona de confianza y en ambos casos en el domicilio paterno. Se establece que las vacaciones de Semana Santa se disfrutarán cada año de forma alternativa de manera que la madre tendrá consigo a los niños en los años pares y el padre en los años impares. Y en cuanto a las vacaciones de veranos se dispone que se repartirán por mitad de manera que la madre tendrá consigo a los niños desde que termina el curso escolar- desde el día siguiente al último día de clase a las 12 de la mañana hasta el 31 de julio a las 20 horas, en los años impares y el padre desde ese día hasta el día anterior al día de comienzo de las clases a las 20 horas y ello a salvo los acuerdos que puedan alcanzar las partes.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso extraordinario por infracción procesal** la representación de don Cayetano , con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.**- Infracción del artículo 469.1º LEC al desestimar la litispendencia existente por la tramitación ante la jurisdicción portuguesa de litigio con el mismo objeto, en contra de lo dispuesto en el art. 16.1. del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003 .

SEGUNDO.- Infracción del art. 469.1 LEC al desestimar la incompetencia de los órganos Judiciales Españoles para conocer del litigio, en contra de lo dispuesto en el art. 8º del Reglamento de la Unión Europea 2201/2013 .

Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.**- Al amparo del art. 477.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por existencia de interés casacional, se denuncia la infracción de la doctrina del T. Supremo contenida en las sentencias de la Sala 1ª de 28 de septiembre de 2009 , 10 de enero de 2012 y 29 de abril de 2013 , con violencia del art. 92.2 . y 6 del Código Civil y del art. 2 de la LE 1/1996 de Protección del menor de 15 de enero, que exige la aplicación del principio del interés del menor en cuantas decisiones le afecten y en especial en la determinación de su guarda y custodia en la ruptura de la convivencia de sus padres.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 6 de mayo de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.



2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Argimiro Vázquez Guillén en nombre y representación de doña Crescencia presentó escrito de impugnación al mismo.

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

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 25 de Noviembre de 2014.

Por auto de 27 de noviembre de 2014 se suspendieron los autos por planteamiento por el Tribunal Supremo Portugués de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La cuestión fué resuelta por auto del citado Tribunal de 16 de julio de 2015, requiriéndose a las partes para que aportaran traducción del mismo; hecho lo cual y previas las alegaciones pertinentes, se alzó la suspensión señalándose nuevamente para la deliberación, votación y fallo para el día uno de diciembre de 2015, en el que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Cayetano y doña Crescencia contrajeron matrimonio civil en Madrid el día 27 de julio de 2001. De dicho matrimonio nacieron dos hijos, Agustín, nacido el día NUM000 de 2001, y Inés, nacida el NUM001 de 2006.

En lo que aquí interesa y para una mejor comprensión de la situación procesal, se exponen los procedimientos existentes entre las partes:

1) Procedimiento español de medidas provisionales previas (608/2011) iniciado por demanda de 7 de julio de 2011 y finalizado por auto de 26 de septiembre de 2011 en el que se declara la competencia de los tribunales españoles conforme al artículo 8 del Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003.

2) Procedimiento portugués de "regulación de responsabilidades parentales" en Lisboa (1580/2011) iniciado el 31 de agosto de 2011, con alegaciones de la Sra. Crescencia de 24 de octubre de 2011 sobre la incompetencia del tribunal portugués y suspensión de la instancia "hasta la fijación definitiva en el ámbito de la competencia internacional del foro competente". Se remitieron las actuaciones al procedimiento portugués de divorcio 2084/2011, iniciado posteriormente y al que luego se hará referencia.

3) Procedimiento español de demanda de separación-divorcio con medidas definitivas (868/2011) del que está conociendo este tribunal mediante los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación formulados por el Sr. Cayetano. Fue iniciado por demanda de 24 de octubre de 2011 con decreto de admisión de 2 de noviembre de 2011. En este procedimiento el Sr. Cayetano planteó declinatoria que fue resuelta por auto de 11 de enero de 2012 declarando la competencia de los tribunales españoles en virtud del artículo 3 del Reglamento 2201/2003.

4) Procedimiento portugués de divorcio (2084/2011) iniciado por demanda de 25 de octubre de 2011, con archivo del procedimiento de responsabilidades parentales iniciado por el Sr. Cayetano, y confirmación por el Tribunal de Relacao el 21 de noviembre de 2013; procedimiento en el que el Tribunal Supremo de Portugal planteó al conocer del recurso, la cuestión prejudicial resuelta por auto de 16 de julio de 2015 (C- 507/14).

La cuestión planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se refiere a la conducta de la Sra. Crescencia en relación al procedimiento de medidas provisionales español consistente en solicitar la suspensión del procedimiento y su relación con el artículo 16.1 del Reglamento 2201/2003. El artículo 16 del Reglamento nº 2201/2003, titulado «Iniciación del procedimiento», dispone: «1. Se considerará iniciado un procedimiento ante un órgano jurisdiccional: a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no haya dejado de realizar lo necesario para [...] la notificación o traslado de dicho escrito o documento al demandado».

El TJUE en auto de 16 de julio de 2015 ha considerado que el artículo 16.1 a) del Reglamento nº 2201/2003 de 27 de noviembre debe ser interpretado en el sentido de que se considera que una acción fue interpuesta ante un tribunal en la fecha de presentación, en ese tribunal, del acto de presentación de la demanda o de un documento equivalente, aunque entretanto, la instancia se haya suspendido a iniciativa del propio demandante, sin que el referido procedimiento hubiese sido notificado al demandado o que este hubiese tenido conocimiento de su existencia o no hubiese intervenido en forma alguna, a condición de que el demandante no haya dejado con posterioridad de tomar las medidas que le incumbían para que fuese realizada la citación o la notificación de las actuaciones al demandado.



En los párrafos 39 y siguientes del auto el TJUE considera que la suspensión solicitada podría tomarse en consideración si fuera indicativa de una negligencia imputable al demandante por no haber adoptado las medidas necesarias para que el acto fuera notificado al demandado. Tanto el Gobierno español como la Comisión destacaron ante el TJUE el valor dado por el Reglamento 2201/2003 a los acuerdos amistosos, considerando en el procedimiento principal que la suspensión para obtener un acuerdo no puede ser valorada como una actitud negligente, como así también lo consideró el Tribunal de Relação de Lisboa en sentencia de 21 de noviembre de 2013 , contra el que se interpuso el recurso de casación. El TJUE pese a señalar que la suspensión no tuvo incidencia alguna en la fecha de la comparecencia de las partes ante los tribunales españoles, manifiesta que no corresponde al Tribunal la calificación de los hechos, sino al tribunal nacional.

En relación con el procedimiento 868/2011, D. Cayetano interpuso recurso extraordinario por infracción procesal estructurado en dos motivos en los que la cuestión que realmente se suscita es la determinación del órgano internacionalmente competente para conocer de la presente demanda de divorcio, inicial de separación, y responsabilidad parental.

También formuló recurso de casación, exclusivamente referido a la guarda y custodia de sus dos hijos.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

SEGUNDO.- El motivo primero se formula por infracción del artículo 469.1º LEC al desestimar la sentencia recurrida la litispendencia existente por la tramitación ante la jurisdicción portuguesa de litigio con el mismo objeto en contra de lo dispuesto en el artículo 16.1 del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003 .

La parte recurrente considera que la sentencia recurrida ha infringido la normativa relativa a la litispendencia (artículos 416.2 LEC y 19.2 Reglamento 2201/2003 , en relación con el artículo 16.1 del mismo Reglamento) al no haber apreciado la misma, y entiende que la demanda interpuesta por el Sr. Cayetano ante los tribunales portugueses es anterior a la interpuesta por la Sra. Crescencia . A tales efectos en el recurso se examina la cronología de los litigios iniciados por las partes y considera que el que denomina "procedimiento de regulación de responsabilidades parentales", iniciado por el Sr. Cayetano en Portugal el 31 de agosto de 2011, sería anterior al procedimiento iniciado por la Sra. Crescencia el 7 de julio de 2011 (medidas provisionales previas a la separación), puesto que este procedimiento estuvo suspendido incumplándose según el recurrente lo dispuesto en el artículo 16.1 del Reglamento.

La parte recurrida alega que este motivo incurre: a) en causa de inadmisión por haberse planteado de forma extemporánea y b) en causa de desestimación por: 1) la existencia de causa justificada de suspensión en el procedimiento de medidas provisionales ante la existencia de un posible acuerdo entre las partes; 2) por el conocimiento extraprocesal que tuvo el demandado del proceso y 3) por la distinta naturaleza de las acciones ejercitadas a efectos de litispendencia.

La sentencia recurrida desestimó esta cuestión por razones formales basándose en su novedosa formulación por no haberse planteado en primera instancia y por razones de fondo al considerar que el procedimiento de divorcio en Portugal fue iniciado un día después (25 de octubre de 2011) al iniciado en España (24 de octubre de 2011). En relación a las medidas provisionales, la Audiencia Provincial considera que el demandado asumió la competencia del juzgado al otorgar poder apud acta, proponer prueba y comparecer a la vista sin objetar la litispendencia.

El motivo se desestima, no sin precisar con carácter previo que si la excepción de litispendencia, dice la sentencia de 13 de marzo de 2012 , no es alegada por las partes, "debe ser apreciada de oficio a lo largo de todo el procedimiento "(SSTS 1152/2007, de 7 noviembre , 47/2006, de 24 enero 266/2006, de 22 marzo , entre otras); argumento que sirve para desvirtuar las alegaciones relativas a considerar la cuestión como novedosa por no haberse planteado en primera instancia por cuanto el conocimiento por parte de esta Sala de la existencia de otro procedimiento sobre la misma cuestión obligaría a aplicar las reglas de la litispendencia para evitar soluciones contradictorias.

Se desestima por lo siguiente:

1. En el ámbito comunitario, al igual que en nuestro ordenamiento, las reglas relativas a la litispendencia pretenden evitar, en aras de una buena administración de justicia en la Unión, procesos paralelos ante los órganos jurisdiccionales de diferentes Estados miembros y los conflictos entre resoluciones judiciales que pudieran resultar de ellos (Sentencias de 9 de diciembre de 2003, Gasser, C-116/02, apartado 41 , y de 14 de octubre de 2007 , Mærsk Olie & Gas, C-39/02, apartado 31 y sentencia de 9 de noviembre de 2010 Purucker C-296/10 apartado 64).

2. El artículo 19 del Reglamento nº 2201/2003 regula la litispendencia y sus consecuencias tanto para la presentación de demandas de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial como para las demandas



relativas a la responsabilidad parental sobre un menor con el mismo objeto y misma causa ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, estableciendo en ambos casos que el órgano jurisdiccional ante el que se presente la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera. Esto es lo que ha ocurrido en el presente caso, en el que los tribunales portugueses de primera y segunda instancia archivaron los procedimientos tras la declaración de competencia de los tribunales españoles. Sin embargo, estas resoluciones fueron recurridas y el Tribunal Supremo portugués en sede de casación planteó cuestión prejudicial en relación a la litispendencia alegada por el Sr. Cayetano lo que llevó a esta Sala a la suspensión del procedimiento por estar afectada una de las cuestiones planteadas a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

3. Con los antecedentes descritos, el planteamiento de la cuestión de litispendencia carece de sentido desde el momento que los tribunales españoles, tanto en el procedimiento de medidas provisionales como en el del divorcio declararon su competencia, correcta o incorrectamente, y es sobre lo que ha de pronunciarse este tribunal a través de la resolución del segundo motivo del recurso extraordinario por infracción procesal.

4. El artículo 19 del Reglamento es claro al respecto al ordenar el archivo del procedimiento al tribunal en el que se hubiera presentado la segunda demanda. Así lo entendieron también los tribunales portugueses al archivar sus procedimientos, pese a que esta decisión no sea firme y esté siendo discutida en casación ante el Tribunal Supremo Portugués. Lo que existe de trasfondo en el planteamiento de la cuestión de la litispendencia es la competencia de los tribunales españoles o de los tribunales portugueses. Como estos no podrían controlar la competencia de los tribunales españoles una vez que esta ha sido declarada porque no es la actuación prevista en el artículo 19 para los supuestos de litispendencia (y como principio recogido en el Reglamento en los artículos 17 de las disposiciones comunes del que solo permite declarar la incompetencia y 24 que prohíbe el control de la competencia en fase de reconocimiento de resoluciones dictadas en un estado miembro), lo que se cuestiona, a instancia del Sr. Cayetano, es qué procedimiento se inició primero.

5. Existen otros argumentos para rechazar la alegada litispendencia:

a) La propia finalidad de la institución, el evitar procesos contradictorios, se ha conseguido. Los tribunales españoles son los únicos que se han pronunciado sobre el fondo del asunto. No tendría sentido en este momento procesal, dado el tiempo transcurrido desde el inicio en el año 2011 y atendiendo a la materia tratada, cuestiones de familia y menores, que se considerara la reapertura de un procedimiento de "regulación de responsabilidades parentales" en Portugal cuando estas ya han sido adoptadas por otro Tribunal.

b) Además, la litispendencia, en demandas relativas a la responsabilidad parental, ha de valorarse en relación al mismo tipo de procedimiento. No así en supuestos de separación judicial, divorcio o nulidad matrimonial en las que sería necesario que fueran las mismas partes pero no el mismo objeto (STJUE 6 octubre 2015 apartado 33). Así, lo establece el artículo 19.2 del Reglamento que dispone que para valorar la litispendencia en relación a las demandas relativas a la responsabilidad parental sobre un menor establece que estas tengan el mismo objeto y la misma causa.

El procedimiento en el que se plantean los recursos ante esta Sala es un procedimiento de divorcio, inicial de separación, iniciado el 24 de octubre de 2011, que ha de ser comparado a efectos de litispendencia con el procedimiento de divorcio portugués al que se dio curso un día después. Sin embargo, el procedimiento español de medidas provisionales iniciado el 7 de julio de 2011 debería compararse a efectos de litispendencia con el portugués de 31 de agosto de 2011. Es discutible que estas últimas demandas tengan el mismo objeto y causa, pues en la demanda presentada ante los tribunales portugueses se solicitaba de forma principal la restitución de los menores a Portugal (folios 54 y siguientes del tomo de declinatoria).

c) Atendiendo exclusivamente a la fecha de los respectivos procedimientos iniciados en España, según el tipo de acción, siempre ha sido anterior el procedimiento iniciado en España que el procedimiento iniciado en Portugal. Aunque se ha cuestionado, para desvirtuar esta fecha a efectos del artículo 16 del Reglamento, la conducta procesal de la Sra. Crescencia en el primer procedimiento iniciado el 7 de julio de 2011 al solicitar la suspensión por estar en vías de acuerdo, en atención al auto dictado el 16 de julio de 2015 por el TJUE, que insta al tribunal nacional a valorar los hechos, lo cierto es que la Sra. Crescencia no actuó de forma negligente al utilizar una posibilidad que está prevista legalmente y que resulta común y conveniente en este tipo de procedimientos, como es la suspensión del procedimiento para llegar a acuerdos.

La alegada causa de estar realizando gestiones para llegar a acuerdos tiene constatación objetiva en la fecha en la que se alega, pues el Sr. Cayetano, tras la suspensión acordada el 19 de julio de 2011 y solicitada el 18 de julio de 2011, remitió por correo convenio de divorcio el 28 de julio de 2011, con aceptación de que los menores continuasen viviendo con la madre, es decir diez días después de la solicitud.



Hay que valorar además que el tiempo de suspensión del procedimiento fue muy breve, si se atiende al hecho de que el mes de agosto es inhábil civilmente, y que la demandante en el primer día hábil (1 de septiembre) solicitó el alzamiento de la suspensión. Esta brevedad procesal tiene su correlativo en la escasa incidencia en el tiempo de citación del demandado, pues la suspensión no afectó a la fecha de la comparecencia que se celebró el mismo día en el que estaba prevista, precisamente porque todas las gestiones que correspondía cumplir a la demandante estaban realizadas, al estar completamente identificado y ser correcta su localización, quedando únicamente el despacho de la citación del demandado que correspondía realizar al órgano judicial.

También hay que valorar en este ámbito la conducta del demandado Sr. Cayetano en el procedimiento de medidas provisionales, tal y como señala la sentencia recurrida, pues acudió a la comparecencia prevista y no planteó la falta de competencia de los tribunales españoles, lo que sí realizó posteriormente en el procedimiento de divorcio del que traen causa los presentes recursos. Tampoco planteó en esa comparecencia de medidas provisionales la existencia de otro procedimiento en Portugal.

TERCERO.- En el motivo segundo se denuncia la infracción del art. 469.1º al desestimar la sentencia la incompetencia de los órganos judiciales españoles para conocer del litigio, en contra de lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003 .

El recurrente considera que los tribunales españoles no son internacionalmente competentes al tener los menores su residencia habitual anterior al inicio del procedimiento español en Lisboa. Cita en apoyo de su pretensión tanto el artículo 8 (procedimiento en relación a responsabilidad parental) como el artículo 10 (casos de retención ilícita de menores).

La parte recurrida pone de relieve que ya en el auto de medidas provisionales de 23 de septiembre de 2011 se fijó la competencia a favor de los tribunales españoles en atención a la residencia habitual de los menores en España para lo que se tuvieron en cuenta las circunstancias familiares, entre otras que durante tres años los menores habían vivido en Madrid, y que el último año se produjo un traslado temporal para el curso 2010 a 2011 a Portugal con el consentimiento materno. La Sra. Crescencia alega además que en el procedimiento de divorcio la competencia se fijó en base al artículo 3 del Reglamento atendiendo a la residencia habitual de la madre.

Se desestima.

1. El artículo 3 del Reglamento establece unos fueros alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos, para las demandas de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial entre los que se encuentra en el apartado a) el del Estado miembro en el que tenga la residencia habitual el demandante en el año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda, circunstancia que concurre en el presente caso en el que la Sra. Crescencia ha mantenido su residencia habitual en España debido a su trabajo, al igual que el Sr. Cayetano mantiene por las mismas razones su residencia habitual en Portugal. El tribunal español sería, por tanto competente para la demanda de divorcio en atención al artículo 3 del Reglamento.

2. Además, el artículo 12 del Reglamento permite la prórroga de la competencia a los tribunales del estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 a las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda cuando uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor y la competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto al órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

3. En este caso, para aplicar la prórroga de competencia del artículo 12 a la cuestión relativa a la responsabilidad parental, hay que valorar que el Sr. Cayetano aceptó la competencia en esta materia de los tribunales españoles al comparecer en septiembre de 2011 a la vista de las medidas provisionales y no cuestionar la competencia de los tribunales españoles, tal y como se resolvió por auto de enero de 2011 al enjuiciar la declinatoria planteada por el Sr. Cayetano en el procedimiento de divorcio. En todo caso, si se estimara que esta conducta no puede ser considerada como sumisión en el procedimiento de divorcio, a tenor del artículo 12, por ser distinto procedimiento, pese a que trae causa en él, conforme a la normativa procesal española, habría que estar en lugar del artículo 12, a las reglas generales contenidas en los artículos 8, 9 y 13 del Reglamento. Todas estas reglas, que atienden según el considerando 12 del Reglamento al interés superior del menor y en particular en función del criterio de proximidad, determinan la competencia de los tribunales españoles.

El artículo 8 atiende a la residencia habitual del menor en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional, artículo en el que se centra la parte recurrente para fijar la competencia de los tribunales portugueses. Cierto es que resultaría difícil determinar cuál era el lugar de residencia habitual de los menores, pues habían estado escolarizados tanto en España como en Portugal, estando el año 2010-2011



escolarizados en Portugal. En estos casos, en los que podría deducirse un cambio consentido de residencia habitual alternativo, atendiendo al distinto lugar de residencia de los padres, el artículo 9 prevé en casos de cambios de residencia habitual que el tribunal de la anterior residencia mantenga durante los tres meses siguientes al cambio de residencia competencia para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictado en dicho estado miembro, con una excepción, que el titular del derecho de visita haya aceptado la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la nueva residencia habitual del menor al participar en un procedimiento ante dichos órganos sin impugnar su competencia.

Esto es lo que ocurrió en el presente caso: partiendo de que los menores habían estado escolarizados durante el curso 2010 a 2011 en Portugal, el cambio de residencia que se produce al finalizar el curso a Madrid, coincidiendo con la interposición de la demanda de medidas provisionales habría determinado que durante tres meses los tribunales portugueses podían haber modificado el régimen de visitas si no hubiera sido porque el padre acudió a la comparecencia de septiembre de 2011 ante los tribunales españoles en el procedimiento de medidas provisionales sin plantear cuestión alguna en relación a la misma, asumiendo así la competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental, que sí debe ser valorada en este caso a los efectos del artículo 9.2 del Reglamento por tratarse del mismo procedimiento.

En todo caso, incluso para los supuestos en los que resulta difícil determinar cuál era la residencia habitual de los menores, el propio Reglamento establece en su artículo 13 que la competencia debe ser determinada por el lugar en el que el menor está presente, regla que determina también la competencia de los tribunales españoles.

No se ha producido, por tanto, infracción de las normas de competencia del Reglamento que determinan en casos como el presente la competencia de los tribunales españoles.

RECURSO DE CASACIÓN.

CUARTO.- Se formula un único motivo por infracción de la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 28 de septiembre de 2009 , 10 de enero 2012 y 29 de abril de 2013 , con violación del artículo 92.2 y 6 del Código Civil y del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor , de 15 de enero, que exige la aplicación del principio del interés del menor en cuantas decisiones le afecten y en especial, la determinación de su guarda y custodia en la ruptura de la convivencia de sus padres. Lo que interesa, pese a que la cita de la sentencia de 29 de abril de 2013 sobre guarda y custodia compartida sugiera lo contrario, es que se le atribuya en exclusiva la guarda y custodia de sus dos hijos, dejando sin efecto la establecida en la sentencia en favor de la Sra. Crescencia .

Considera que no existe ningún argumento para atribuir la custodia a la madre "sino quizá la inercia favorable a las mujeres a este respecto, la condición judicial de la misma o la xenofobia", y que existen razones básicas para el cambio de custodia, "de cánones esenciales para el interés de los menores", como son: el acuerdo alcanzado por los progenitores para que los niños residieran y estuvieran escolarizados en Portugal; la mayor facilidad que proporciona el padre para que los hijos se relacionen con la madre, que contrasta con idéntica dificultad de la madre y determinadas consideraciones éticas derivadas de "las malas artes" de la esposa, que no respeta su palabra y lleva a confundir al Juzgado.

El motivo se desestima.

Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS 579/2011, de 22 julio ; 578/2011, de 21 julio , 641/2011, de 27 septiembre , 167/2015, de 18 de marzo , 446/2015, de 16 de julio , entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, como pretende la parte recurrente, para dar un sentido distinto al interés de los dos hijos del matrimonio, de 14 y 9 años de edad, en la actualidad.

Estamos ante unos niños, que han crecido y se han desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse para evitar en lo posible un factor de riesgo para su estabilidad; ante unos menores cuyos padres viven en países distintos y en unas circunstancias familiares en las que no es posible establecer un régimen de guarda y custodia compartido, como sería deseable, como las que resultan de la relación personal de los padres, que ningún beneficio aporta para el desarrollo emocional de los niños, en particular de su hijo Agustín , que necesita una estabilidad familiar, escolar y social que no tiene, como se dice en la sentencia, valorando el informe psicológico elaborado en el Juzgado. En cualquier caso, este sistema de guarda no se ha interesado en el recurso.

Y si se ha resuelto en favor de la madre y no del padre es porque el interés de los menores así lo demandaba, sin que sea posible revisar la decisión tomada en la sentencia porque los criterios que se han utilizado no son contrarios al interés de los niños en permanecer con su madre una vez que sus padres han puesto fin



al matrimonio; interés que aparece en el enunciado del motivo pero sobre el que no se razona de una forma rigurosa, ni con el respeto debido a los Tribunales, pues nada se dice sobre cómo beneficia a los niños una solución distinta, ni como se evita un posible factor de riesgo o peligro para su evolución psico-física después de unos años de estabilidad con su madre en España, prolongada por la toma de decisión del TJUE sobre la cuestión prejudicial.

El recurrente se limita a cuestionar los razonamientos de la sentencia recurrida, incidiendo en la escolarización de los niños en el último año en colegios de Lisboa, por decisión conjunta de los progenitores, haciendo especial hincapié en el hecho de la reserva de matrícula en centros escolares de la misma y para el siguiente curso escolar. Pero lo cierto es que, aun reconociendo que la unidad familiar nunca han tenido una residencia habitual común, por razón del trabajo de sus progenitores, como se dijo en el auto de medidas previas dictado con fecha 23 de septiembre de 2011, en el año 2011 le fue otorgada provisionalmente a la madre la guarda y custodia de los dos hijos menores y esa medida ha sido ratificada como definitiva puesto que no obstante reconocer que ambos tienen capacidad para ejercer dichos menesteres, la dedicación laboral materna, que no precisa de frecuentes viajes, ofrece una continuada atención a los niños y por tanto el marco familiar estable que precisan, especialmente su hijo Agustín, siendo Madrid la ciudad en la que se encuentran escolarizados desde hace algunos años; medida que debe mantenerse en estos momentos, con el régimen de visitas que la madre debe cumplir y que permite las relaciones del padre con sus hijos, por ser lo más conveniente para ellos; siempre teniendo en cuenta que la medida no petrifica la situación de los menores, despreocupándose de los cambios que desde entonces se puedan producir, puesto que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias tenidas en cuenta, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas.

QUINTO.- Se desestiman ambos recursos, y se imponen las costas a la recurrente, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar los recursos formulados por Don Cayetano contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 22- de fecha 25 de junio de 2013, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.