

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ063699

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 578/2018, de 17 de octubre de 2018

Sala de lo Civil

Rec. n.º 566/2018

SUMARIO:

Divorcio. Denegación de prueba psicosocial. Atribución de la guarda y custodia. Retorno de la madre a España con el hijo menor. Interés del menor. Fijación de alimentos. En el presente procedimiento se discute la fijación del régimen de guarda y custodia del menor en un supuesto de ruptura de los progenitores y posterior traslado de uno de ellos a España abandonando el domicilio familiar y llevándose consigo al hijo desde EEUU. Tanto el Juzgado como la Audiencia atribuyen la guarda y custodia del hijo a la madre, con un régimen detallado de visitas y comunicaciones del padre con el hijo teniendo en cuenta la permanencia del padre en Estados Unidos o en Madrid. La sala declara que ambos progenitores son buenos padres y no se ha cuestionado la idoneidad del padre para hacerse cargo de la custodia de su hijo. La decisión sobre la custodia está basada únicamente en el carácter provisional derivado de la residencia de uno y otro, ante el regreso en tiempo del padre a España, y la necesidad de no desestabilizar la situación social y escolar del menor. En cuanto a la denegación en las instancias de la práctica de la prueba psicosocial que había interesado el padre, con el argumento de que conllevaría un retraso de varios años en la tramitación del procedimiento, dicha prueba no solo no es decisiva en términos de defensa ni de auxilio judicial, sino que la impugnación que se formula no permite colegir de qué forma puede ser beneficiosa al interés del menor, sin valorar el irreversible efecto que tiene el transcurso del tiempo en su desarrollo por la dilación que conlleva su práctica en un sistema carente de los medios necesarios para ofrecer una rápida solución de la controversia. El tribunal ha valorado la prueba y ha considerado que lo más adecuado para el menor era confiarlo a la custodia de la madre, motivando las razones para ello, incluidas las del traslado. El interés del menor que se invoca para acordar un cambio de custodia distinto del que valoró la sentencia se argumenta más que en el hecho del traslado del niño y de la madre a España, en el beneficio que supone reintegrarle a los estudios en aquel país, frente a la escuela pública a la que asiste en España, sin atender a los demás elementos personales, familiares, materiales, sociales y escolares que concurren en este caso y que la sentencia valora de una forma positiva para su desarrollo integral, su personalidad, teniendo presente las necesidades de atención, cariño, alimentación y educación, buscando el mejor clima de equilibrio entre los progenitores. El padre no tiene un trabajo totalmente fijo y estable en Cambridge, lo que podría determinar que tuviera que retornar a España. La sala declara que no se está ante unos hechos consumados por la decisión unilateral de la madre de abandonar el que fue el domicilio familiar y trasladarse a España, donde el matrimonio tuvo inicialmente su domicilio, con el niño, sino ante una valoración del interés del menor en razón a las circunstancias que concurren en este momento determinadas no solo por la necesidad de que la situación se mantenga, sino propiciadas por esa dosis de provisionalidad que resulta de la posible residencia en España de ambos progenitores en un corto espacio de tiempo.

PRECEPTOS:

Ley 1/2000 (LEC), art. 281.

Constitución española, arts. 24 y 33.

Código civil, arts. 3, 6, 7, 96, 103, 146, 348 y 349.

PONENTE:*Don José Antonio Seijas Quintana.*

Magistrados:

Don JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA



Don ANTONIO SALAS CARCELLER
Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Don EDUARDO BAENA RUIZ
Don MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 578/2018

Fecha de sentencia: 17/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 566/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/10/2018

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID SECCIÓN 22.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 566/2018

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 578/2018

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.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 17 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de infracción procesal y de casación interpuesto por don Borja, representado por la procuradora doña María Teresa Campos Montellano, bajo la dirección letrada de don Miguel Algaba Pacios, contra la sentencia dictada con fecha 27 de octubre de 2017 por la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en los autos de juicio de divorcio n.º 887/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Parla. Ha sido parte recurrida doña Claudia representada por la procuradora doña Paloma Briones Torralba, bajo la dirección letrada de doña Cristina Fernández Herrero. 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 Alberto Caredeña Fernández, en nombre y representación de doña Claudia, interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Borja y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1.- Atribución de la guardia y custodia del hijo menor de edad del matrimonio a la madre, siendo compartida la patria potestad por ambos cónyuges, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio del menor, obligándose ambos progenitores a adoptar de mutuo acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten al hijo y, de modo especial, aquellas relativas a su salud, educación y formación. Cuando no pudieran ponerse de acuerdo los progenitores, acudirán a la decisión judicial.

»2.- La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar sito en DIRECCION000 en la CALLE000 NUM000, portal NUM001, piso NUM002, puerta NUM002 a la esposa e hijo menor, habida cuenta de que la esposa no tiene otra vivienda y el esposo sí, por ser el interés más digno de protección, en compañía de su hijo. Tanto la hipoteca, como el IBI, seguro de la vivienda y derramas deberá abonarse al 50% entre ambos progenitores.

»3.- A tenor de lo establecido en el artículo 93 y 142 y siguientes del Código Civil, se solicita en concepto de alimentos para el hijo del matrimonio, la cantidad mensual de MIL SETECIENTOS EUROS (1.700 EUROS), pagaderos por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, al ser menor de edad. Ha de señalarse que por alimentos no debe entenderse lo estrictamente indispensable, sino todo aquello que sea necesario para subvenir a las necesidades de los hijos. En atención a un principio de efectividad deberá ser incrementada su cuantía conforme a los índices que publique el INE relativos al IPC, de año en año, o el aumento de los ingresos del obligado al pago decretándose que se abone con carácter retroactivo desde la fecha de la interposición de la demanda.

»4.- Que como régimen de visitas se establezca:

»4.1.- Hasta que el padre vuelva a España que el mismo pase con el menor todas las semanas santas completas, la vacaciones de navidad por mitad, eligiendo la madre los años impares y el padre los pares y las de verano, un mes y medio con el padre y el resto con la madre, eligiendo nuevamente los años impares la madre y los pares el padre.

»Que los gastos de desplazamiento del menor a EEUU si los hubiera sean cubiertos íntegramente por el padre.

»Asimismo y con un preaviso de 24 horas el padre podrá visitar a su hijo, siempre que esté en Madrid y el menor también, comunicándose previamente a la madre.

»4.2.- En cuanto el padre este destinado en Madrid.

»A) Durante los periodos escolares: un fin de semana alterno de cada dos, entendiéndose como fin de semana desde el viernes desde la salida del colegio hasta el domingo a las 20 h, que las reintegrará al domicilio materno.

»Una tarde entre semana que en defecto de acuerdo será los miércoles desde la salida del colegio o en su defecto las 17.00 horas hasta las 20.00 horas.

»B) Durante las vacaciones escolares de Navidad y verano, el cónyuge al que no corresponda la custodia, tendrá al hijo consigo la mitad de dichos periodos, correspondiéndole, a falta de otro acuerdo distinto entre los comparecientes, la primera mitad los años pares, y la segunda mitad los años impares. Con respecto a las



vacaciones de verano un mes con cada uno, repartiéndose el mismo por quincenas, en atención a la edad de menor, correspondiendo a falta de acuerdo las primeras quincenas al padre en los años pares y las segundas quincenas en los impares.

»En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, corresponderán alternativamente y por completo a cada uno de los cónyuges, un año por completo, correspondiendo los años impares a la madre y los pares al padre.

»C) DURANTE LOS PERIODOS DE VACACIONES se interrumpen las estancias de fines de; semana señaladas en el apartado A.

»D) PARA FACILITAR CUALQUIER RELACIÓN CON EL HIJO, cuando el menor se encuentre con uno de sus padres, fuera de su domicilio habitual, dicho Progenitor comunicará al otro el lugar de tal estancia, así como el número del teléfono.

»5.- En concepto de pensión compensatoria y habida cuenta que mi representada ha renunciado a su carrera laboral en pos de su familia y de seguir a su marido, renunciando a las expectativas laborales que tenía, que se determine por un periodo de 3 años la cantidad mensual de 500 euros al mes.

»En atención a un principio de efectividad deberá ser incrementada su cuantía conforme a los índices que publique el INE relativos al IPC, de año en año o el aumento de los ingresos del obligado al pago.

»6.- Con respecto a los gastos extraordinarios que se puedan producir en la vida del menor tales como clases extraescolares como complemento a sus estudios, viajes de estudios, y deportes, ortodoncia, largas enfermedades etc. que los mismos sean abonados en una proporción 80% el padre 20% la madre, habida cuenta de la diferencia de ingresos entre ambos.

»7.- Que se disuelva la sociedad legal de gananciales

»8.- Que se condené en costas al demandado».

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- El procurador don Juan Luis Valgañón Gómez, en nombre y representación de don Borja, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«1.- MIENTRAS QUE D. Borja PERMANEZCA EN ESTADOS UNIDOS

»a) El otorgamiento de la guarda y custodia del menor, Patricio, al padre, don Borja, con quien convivirá ordinariamente en Estados Unidos, permaneciendo compartida la patria potestad sobre el menor, con las consecuencias inherentes a tal ejercicio compartido.

»b) La atribución a la madre del siguiente régimen de visitas:

Mitad de las vacaciones escolares de navidad, 2/3 de las vacaciones escolares de verano y la totalidad de las vacaciones escolares de semana santa, de conformidad con el calendario escolar estadounidense.

»Cuando D. Borja viaje puntualmente a España con el menor, el fin de semana correspondiente.

»Cuando Da. Claudia viaje a Estados Unidos, podrá estar en compañía del menor tres tardes de días lectivos a la semana, así como fines de semana alternos.

»c) La fijación de una pensión alimenticia a cargo de la madre, de 300 €.

»2) Cuando D. Borja REGRESE A ESPAÑA: Si el superior interés del menor recomendase el regreso a España, se interesa para tal circunstancia la guarda y custodia compartida, a razón de dos semanas consecutivas con cada uno de los progenitores y con las siguientes excepciones:

»La mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, verano y cualesquiera otras, con cada progenitor, eligiendo la mitad que le corresponda, el padre en los años pares, y la madre en los años impares.

»A estos efectos se fija la primera mitad de las vacaciones de Navidad desde la mañana del día siguiente al inicio de las mismas hasta la tarde del día 30 de diciembre, y la segunda mitad desde la mañana del día 31 de diciembre hasta la tarde del día anterior a la reanudación de las clases.

»En cuanto a las vacaciones de verano, el padre estará con su hijo treinta días consecutivos y la madre, otros treinta. Ambos progenitores decidirán de común acuerdo en la primera quincena del mes de Mayo el período que le corresponderá a cada uno de ellos y en caso de desacuerdo elegirá él padre en los años pares y la madre en los impares.

»En las vacaciones de semana santa, se fija la primera mitad desde el día de inicio de las mismas, hasta la mañana del miércoles, y la segunda mitad, desde la noche del miércoles hasta la noche del lunes de pascua.

»Pasará el menor el día del padre y el día del cumpleaños del padre con don Borja; el día de la madre y el día del cumpleaños de la madre con doña Claudia; el día del cumpleaños del niño, en los años pares con el padre, y en los años impares con la madre, sin perjuicio de que en dicho día podrá el progenitor a quien no le corresponda, recoger al menor y tenerlo en su compañía desde las 16:30 hasta las 20:30 horas».

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 4 de Parla, dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Estimo parcialmente la demanda de divorcio formulada por la Procuradora Da Paloma Briones Torralba y decreto el divorcio del matrimonio contraído con fecha 8 de julio de 2011 por D. Borja y D. Claudia, con los efectos legales inherentes y la adopción de las siguientes medidas definitivas:

»1.º) Se acuerda la revocación de consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, así como el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, y el cese de la vigencia de la presunción de convivencia : conyugal.

»2a) Se declara extinguido el régimen económico matrimonial existente entre los cónyuges.

»3a) Se mantiene la patria potestad compartida sobre el hijo menor común Patricio entre ambos progenitores, precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, la autorización judicial para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación del menor. En particular, quedan sometidas a este régimen, y no podrán ser adoptadas unilateralmente por uno solo de los progenitores, las decisiones relativas a fijación del lugar, de residencia; del menor y los posteriores traslados de domicilio de éste las referidas a elección del centro escolar o institución de enseñanza y sus cambios posteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, al adoctrinamiento del menor en una determinada confesión religiosa y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento del menor a tratamientos médicos preventivos, curativos o quirúrgicos incluidas las estéticas, salvo en los casos de urgente necesidad; la aplicación de terapias psiquiátricas o psicológicas y las actividades extraescolares, de carácter deportivo, formativo o lúdico que realice el menor.

»Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión sobre el menor que se pretende adoptar, recabando su consentimiento, se entenderá prestado tácitamente el mismo si en el plazo de los diez días naturales siguientes no lo deniega.

»Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida del menor distintas de las enunciadas corresponderán al progenitor que tenga consigo los menores, en cumplimiento del régimen de guarda y estancias establecido, en el momento en que la cuestión se suscite.

»4a) Se atribuye la guarda y custodia exclusiva sobre el menor a su madre Da Claudia.

»5a) Se establece el siguiente régimen de estancias y comunicaciones a favor del padre D. Borja:

»D. Borja tendrá derecho a mantener diariamente comunicaciones con el menor, por correo electrónico o teléfono fijo o móvil o cualquier otro medio telemático (skypé, sms, whatsapp). Las comunicaciones, en número de una diaria por cada día completo se realizarán en la franja horaria concertada libremente por los progenitores, y, en defecto de acuerdo, entre las 18 y las 20 horas (hora española).

»a) Mientras D. Borja permanezca en EE.UU.

»Siempre que D. Borja venga de viaje a España tendrá derecho a pasar con el menor fines de semana alternos con pernocta y dos tardes intersemanales que, a falta de acuerdo entre los progenitores, serán martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas. Los viajes a España deberán ser comunicados por D. Borja a Da Claudia con una antelación mínima de 72 horas. Los períodos de vacaciones escolares de Patricio se repartirán entre ambos progenitores, a falta de acuerdo en otro sentido, de la siguiente forma:

»Verano: se dividirá en tres partes iguales, dos de las cuales corresponderán a D. Borja correspondiendo la restante a Da Claudia. En defecto de acuerdo, el padre elegirá los años pares, la madre elegirá los años impares. La decisión habrá de ser comunicada con al menos 45 días de antelación.

»Navidad: se dividirá en dos mitades: la primera mitad se extiende desde el día siguiente al último lectivo a las 12 horas y el 31 de diciembre a las 12 horas; la segunda mitad se extiende desde el 31 de diciembre a las 12 horas hasta el último día festivo (víspera de la vuelta al colegio) a las 12 horas. Cada progenitor tiene derecho a uno de esos dos periodos. En defecto de acuerdo, el padre elegirá los años pares, la madre elegirá los años impares. La decisión habrá de ser comunicada con al menos 30 días de antelación.

»Semana Santa: D. Borja la disfrutará íntegra con su hijo.

»D. Borja podrá trasladar a Patricio a EE. UU durante los períodos que le correspondan durante las vacaciones, haciendo frente a los gastos que ello suponga, informando con una antelación de al menos 30 días a Da Claudia. Durante el tiempo que Patricio pase con su padre, Da Claudia tendrá derecho a comunicarse con él del mismo modo que más arriba se indica con respecto a las comunicaciones entre Patricio y su padre.

»b) Si D. Borja volviera a residir habitualmente en España.

»Si D. Borja fijara su residencia en España antes de la mayoría de edad de Patricio, se establece el siguiente régimen de visitas, sin perjuicio de la posibilidad de instar una modificación de las presentes medidas definitivas, dado el cambio sustancial de circunstancias, tal como se indica más arriba.

»El padre podrá estar en compañía del menor fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas, así como un día entre semana (el miércoles a falta de acuerdo en otro sentido) desde la salida del colegio hasta las 20 horas. En todos los casos, el padre recogerá al menor del colegio y lo acompañará al domicilio materno.

»En caso de eventos o fiestas familiares, el menor asistirá a los mismos, siempre que el progenitor que tenga el evento avise al otro con al menos una semana de antelación.

»En defecto de acuerdo en otro sentido, los cumpleaños del menor pasará con el progenitor con el que no esté al menos tres horas de la tarde. Además, e igualmente en defecto de acuerdo, pasará con su padre el día del padre y el cumpleaños de éste, y con su madre el día de la madre y el cumpleaños de ésta.

»En los períodos de vacaciones, en defecto de acuerdo entre las partes, se seguirán las siguientes reglas:

»Vacaciones de verano: se dividirán en dos mitades: la primera mitad se extiende desde el día siguiente al último lectivo a las 12 horas y el 31 de julio a las 20 horas; la segunda mitad se extiende desde el 31 de julio a las 20 horas hasta el último día no lectivo (víspera de la vuelta al colegio) a las 20 horas. Cada progenitor tiene derecho a uno de esos

dos periodos. En defecto de acuerdo, la madre elegirá los años pares, el padre elegirá los años impares.

»Vacaciones de navidad: se dividirán en dos mitades: la primera mitad se extiende desde el día siguiente al último lectivo a las 12 horas y el 31 de diciembre a las 12 horas; la segunda mitad se extiende desde el 31 de diciembre a las 12 horas hasta el último día no lectivo (víspera de la vuelta al colegio) a las 12 horas. Cada progenitor tiene

derecho a uno de esos dos periodos. En defecto de acuerdo, la madre elegirá los años pares, el padre elegirá los años impares.

»Vacaciones de semana santa: se dividirán en dos mitades la primera mitad se extiende desde el viernes 20 horas y el miércoles a las 12 horas; la segunda raptad se extiende desde el miércoles a las 12 horas hasta el último día festivo (víspera de la vuelta al colegio) a las 12 horas. Cada progenitor tiene derecho a uno de esos dos periodos. En defecto de acuerdo, la madre elegirá los años pares, el padre elegirá los años impares.

»6a) No se hace pronunciamiento sobre atribución del uso del inmueble propiedad de ambas partes sito en la localidad de DIRECCION000.

»7a) D. Borja ha de abonar a Da Claudia la cantidad mensual de 700 euros en concepto de pensión alimenticia a favor de su hijo Patricio, en el número de cuenta que la misma facilite a tal efecto durante los primeros cinco días de cada mes. Esta cantidad se actualizará anualmente conforme las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística en el mes de julio de cada año.

»La obligación de pago, de esta pensión alimenticia señalada desplegará sus efectos desde el mes siguiente a la notificación de la presente sentencia, esto es, abril de 2016.

»La referida pensión alimenticia deberá abonarse en tanto concurren en el hijo los presupuestos fácticos señalados en el párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil.

»Por otro lado, los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida del menor, entendiéndose por gastos extraordinarios los que tengan carácter excepcional y no sean previsibles, serán sufragados por ambos progenitores, debiendo abonar Da Claudia el 40% del gasto y D. Borja el 60%, siempre que medie previa consulta entre los progenitores sobre la conveniencia y/o necesidad del gasto (salvo supuestos excepcionales y urgentes en que ello no sea posible) y acuerdo de ambos, en su defecto, previa autorización judicial. La consulta al



progenitor que en cada caso no se encuentre con el menor, recabando su consentimiento al gasto proyectado, deberá realizarse por cualquier medio que deje constancia fehaciente de su práctica y se entenderá tácitamente prestado si en el plazo de los diez días naturales siguientes no se notificare en igual forma al custodio la denegación.

»El presente pronunciamiento sobre gastos extraordinarios será aplicable a los que se produzcan a partir de este momento, que precisarán, para su exigibilidad, el cumplimiento de los requisitos señalados.

»8a) No ha lugar al establecimiento de pensión compensatoria a favor de Da Claudia.

»No procede imponer las costas de esta primera instancia a ninguna de las parte.

»Firme que sea esta; sentencia, comuníquese, remitiendo testimonio de la misma, al Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio de las partes litigantes a fin de que objeto que se ventila en el presente procedimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace declaración sobre condena en las costas de los recursos».

Tercero.

Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Claudia. La Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 27 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de doña Claudia, y desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procurador doña Ma Teresa Campos Montellano, en nombre y representación de don Borja, contra la sentencia dictada en fecha 8 de marzo de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Parla, en autos de Divorcio n.º 887/15, seguidos entre las citadas partes, debemos revocar y revocamos dicha resolución el sentido siguiente:

»La pensión de alimentos en favor del menor, con cargo al padre, se establece en el importe de 1.000 € mensuales, con efectos desde la presente resolución, actualizables conforme al IPC a primero de enero de cada año, siempre que dicho índice varíe al alza, correspondiendo la primera actualización en enero del 2018.

»Se atribuye a la esposa, y para cubrir las necesidades de alojamiento de la misma y del menor, la administración de la vivienda sita en DIRECCION000, y ello mientras que el demandado continúe en Estados Unidos, y, en principio, hasta la liquidación del régimen económico matrimonial, sin perjuicio de que el demandado, una vez que regrese a España definitivamente, si ello ocurre antes de la efectiva liquidación del régimen económico matrimonial, pueda instar lo que a su derecho convenga en el oportuno procedimiento de modificación de medidas, llegado el caso y las circunstancias pertinentes para modificar la medida que ahora se adopta.

»Desestimándose el resto de las pretensiones planteadas por ambas partes, se confirman los demás pronunciamientos de la sentencia apelada, todo ello sin hacer declaración sobre condena en las costas de sendos recursos».

Cuarto.

Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Borja, con apoyo en los siguientes: Motivos: Único.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1. 3º y 4º de la LEC, estimándose infringidos los artículos 281.1 de la LEC y 24 la Constitución Española. Por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 .2. C.E.

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos. Primero.- Infracción de los artículos 90, 91 y b 92.6 del Código Civil, los artículo 39 y 36 de la Constitución Española, en relación con los artículos 5.1. y 5.4. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, y los artículos 3 y 9 de la Convención sobre los derechos del niño. Segundo.- Infracción de los artículos 3, 7, 96, 348 y 349 del Código Civil, así como los artículos 24 y 33 de la CE. Tercero.- Infracción de los artículos 90.2.91, 92 del Código Civil, así como artículo 39 de la CE. Cuarto.- Infracción del artículo 146 CC del Código Civil. Vulneración del criterio legal de proporcionalidad en la determinación del importe



de la pensión alimenticia por la sentencia de apelación. Vulneración producida al no atenderse a la relación que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y la capacidad económica del alimentante.

Quinto.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 18 de mayo de 2018 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Sexto.

Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de doña Claudia presentó escrito de impugnación a los mismos.

Evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito oponiéndose a los motivos de ambos recursos.

Séptimo.

No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de octubre de 2018, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En el juicio de divorcio promovido por la esposa contra su marido se formularon, en lo que aquí interesa, tres pretensiones relativas a la custodia del hijo menor habido del matrimonio, nacido el 16 de enero de 2008; una pensión de alimentos en favor de este de 1.700 euros al mes y la atribución del uso de la vivienda sita en DIRECCION000, propiedad de ambos cónyuges.

El padre, por su parte, solicitó para él la guarda y custodia del menor y alimentos a cargo de su esposa de 300 euros al mes.

Se da la circunstancia de que la progenitora convive con su hijo en la vivienda de DIRECCION000 y trabaja como profesora en la Universidad Complutense de Madrid, mientras que el progenitor vive y trabaja en Cambridge, Estado de Massachusetts (USA), donde estuvo situado el último domicilio familiar, como Director del Real Colegio Complutense de Harvard.

Tanto el juzgado como la Audiencia Provincial atribuyen la guarda y custodia del hijo a la madre, con un régimen detallado de visitas y comunicaciones del padre con el hijo teniendo en cuenta la permanencia del padre en Estados Unidos o en Madrid. Discrepan una y otra resolución en la fijación del importe de los alimentos que el juzgado estableció en 700 euros al mes y la Audiencia en 1000 euros, así como en la asignación del uso de la vivienda a la esposa e hijo, no obstante reconocer la sentencia recurrida que no tiene carácter de domicilio familiar.

Segundo.

Por parte del esposo se ha formulado un primer recurso, extraordinario por infracción procesal, con un único motivo por infracción de los artículos 281 LEC y 24.2 CE, porque se le denegó la práctica de la prueba psicosocial que había interesado, con el argumento -juzgado- de que conllevaría un retraso de varios años en la tramitación del presente procedimiento, entendiéndose que el retraso perjudica indiscutiblemente el interés del menor, y de que no era útil ni necesaria -audiencia-.

La utilidad de la prueba, señala, viene reconocida en sentencias de esta sala tales como la 757/2011, de 2 de noviembre, y tiene que ver con la mayor o menor idoneidad de uno u otro progenitor para el desempeño de la guarda y custodia del hijo común y los beneficios o perjuicios que tal decisión haya de producir al mismo, máxime cuando la prueba de exploración no arrojó ningún resultado a favor de uno u otro planteamiento.

Se desestima.

No se ha cuestionado la idoneidad del padre para hacerse cargo de la custodia de su hijo, antes al contrario, la sentencia del juzgado, ratificada por la de la Audiencia, califica a ambos progenitores de buenos padres y preocupados por el niño, al que van a dar todos los cuidados necesarios, y la decisión sobre la custodia está basada únicamente en el carácter provisional derivado de la residencia de uno y otro, ante el regreso en tiempo del padre a España, y la necesidad de no desestabilizar la situación social y escolar del menor.

Es cierto que el razonamiento de la Audiencia para denegar la prueba puede ser excesivamente lacónico, pero lo es también que la prueba no solo no es decisiva en términos de defensa ni de complemento o auxilio judicial, sino que la impugnación que se formula no permite colegir, más allá de lo que se ha expuesto, de que forma puede ser beneficiosa al interés del menor, sin valorar el irreversible efecto que en estos momentos tiene el transcurso del tiempo en su desarrollo por la dilación que conlleva su práctica en un sistema carente de los medios necesarios para ofrecer una rápida solución de la controversia, y ello en nada resulta beneficioso a este interés, que se vería agravado por la nulidad de actuaciones interesada cuando los jueces han tenido a su alcance los medios necesarios de prueba para resolver en consecuencia, y la guarda y custodia la reclama para sí el padre por razones de escolarización en Estados Unidos o en Madrid, siendo así que su estancia en aquel país no parece que vaya a prolongarse en el tiempo.

Tercero.

El recurso de casación se funda en cuatro motivos de los cuales se van a analizar únicamente el primero - custodia- y el cuarto -alimentos-.

El segundo se formula por infracción de los artículos 3, 7, 96, 348 y 349 del Código Civil, y de los artículos 24 y 33 de la Constitución Española, y, con independencia de que en el motivo nada se diga cómo y de qué forma se vulneran cada uno de los artículos que se citan, especialmente los artículos 3, 6, 348 y 349 del CC, lo cierto es que difícilmente se pueden infringir artículos que no han sido aplicados. La asignación del uso de la vivienda propiedad de ambos cónyuges se resuelve al amparo de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil, con un carácter provisional («sin perjuicio de lo que en el futuro se pueda resolver al respecto, una vez que el demandado regrese definitivamente a España»), y este artículo no se cita.

El tercero se refiere al reparto equitativo de las cargas que resultan del cumplimiento del régimen de visitas y de la imputación al cónyuge no custodio de los gastos de desplazamiento. Lo que pretende la recurrente es un nuevo eximen de los hechos, respecto a estos gastos, sobre los que, además, no ha habido realmente un debate contradictorio. Es cierto que la sentencia del juzgado, al analizar la capacidad económica del demandado y señalar que «afortunadamente tiene la posibilidad de trasladarse a España de forma habitual para poder visitar a su hijo», pone a su cargo «los gastos que ello suponga», y es cierto también que la única referencia que hace la sentencia recurrida lo es al analizar la situación económica de esta parte, y lo hace para advertir que se da por sentado que tiene que «afrontar gastos de alojamiento, alimentación, desplazamientos, viajes a España, gastos de viaje del menor, 60% de los gastos extraordinarios», para, en su vista, analizando también los ingresos de la esposa, fijar los alimentos debidos al hijo, lo que parece tenerlo en cuenta al determinar la prestación alimentista. Y si, como se dice en el motivo, esta compensación económica «ha de motivarse», la censura de esta falta de motivación, que no parece tal, excede de este recurso.

Los otros dos se desestiman.

1. El primero se refiere a la guarda y custodia del niño. Considera el recurrente que el menor ha estado estudiando durante tres cursos en Estados Unidos, mientras que ahora va a un colegio público de la Comunidad de Madrid, y que además la madre se ha comportado con desprecio a la legalidad al trasladar al menor a España sin su consentimiento.

Con reiteración ha dicho esta sala que las discusiones sobre guarda y custodia de los menores deben contemplar siempre el prevalente del interés de los niños, lo que obliga a los tribunales a decidir cuál es lo que más les conviene ante una situación que no es anormal ni mucho menos infrecuente como es la que aquí se plantea de ruptura de las relaciones personales de los progenitores y posterior traslado de uno de ellos a España abandonando el domicilio familiar y llevándose consigo al hijo.

Ocurre en este caso que la madre ha trasladado su residencia y la del hijo a España sin sustento en un acuerdo con el otro o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, pero lo que se está resolviendo no es un cambio de custodia del menor sino la custodia misma del hijo en beneficio e interés de este calibrando y ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida teniendo en cuenta lo siguiente:

a) el recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El tribunal ha valorado la prueba y considerado que lo más adecuado para el menor era confiarlo a la custodia de la madre, motivando las razones para ello, incluidas las del traslado.

b) el interés del menor que se invoca para acordar un cambio de custodia distinto del que valoró y tuvo en cuenta la sentencia se argumenta más que en el hecho del traslado del niño y de la madre a España, en el beneficio que supone reintegrarle a los estudios en aquel país, frente a la escuela pública a la que asiste en España, sin atender a los demás elementos personales, familiares, materiales, sociales y escolares que concurren en este caso y que la sentencia valora de una forma positiva para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente y sopesando las necesidades de atención cariño, alimentación y educación y ayuda escolar, buscando el mejor clima de equilibrio y sosiego entre los progenitores, como también sostiene en su informe el Ministerio Fiscal.

c) El padre no tiene un trabajo totalmente fijo y estable en Cambridge, lo que podría determinar que tuviera que retornar, sino lo ha hecho ya, a España; posibilidad esta que tiene en cuenta la sentencia para no acoger la pretensión de guarda y custodia compartida al tratarse de una medida de futuro que se analizará «una vez que se produzca el regreso del padre del menor a España de modo definitivo».

d) No estamos, en definitiva, ante unos hechos consumados por la decisión unilateral de la madre de abandonar el que fue el domicilio familiar y trasladarse a España, donde el matrimonio tuvo inicialmente su domicilio, con el niño. Estamos ante una valoración del interés del menor en razón a las circunstancias que concurren en este momento determinadas no solo por la necesidad de que la situación se mantenga, sino propiciadas por esa dosis de provisionalidad que resulta de la posible residencia en España de ambos progenitores en un corto espacio de tiempo.

2. El cuarto motivo refiere la infracción del artículo 146 del CC en la determinación del importe de la pensión alimenticia por la sentencia de apelación, al no haber atendido a la relación que debe existir entre las necesidades reales del alimentista y la capacidad económica del alimentante.

Para fijarlos, la sentencia ha tenido en cuenta lo siguiente.

«El demandado actualmente, y en su condición de profesor de la Universidad Complutense percibe el importe bruto de 40.677,99 € en el año 2015, y como Director del Real Colegio Complutense en Harvard, por todos los conceptos, incluyendo dietas de desplazamiento, percibe 41.653,80 €. Se aportan nóminas del año 2015, y se observa que, con prorratio, viene a percibir alrededor de 6.000 € netos mensuales, por todos los conceptos, si bien no se puede olvidar que se da por sentado que tiene que afrontar gastos de alojamiento, alimentación, desplazamientos, viajes a España, gastos de viajes del menor, 60% de los gastos extraordinarios.

»Por su parte, la demandante, también profesora en la Universidad Complutense, está percibiendo entre 2.500 € netos y 3.000 € netos mensuales, si bien actualmente afronta el gasto de la cuota de la hipoteca, lo que no es óbice para el reembolso que proceda en el momento de liquidar el patrimonio común.

»El menor cursa los estudios en un colegio público, se afrontan gastos de comedor por importe de 123 € mensuales, centro escolar que se ubica en DIRECCION000.

»En fase de medidas provisionales se estableció la pensión de alimentos en la cuantía de 850 € mensuales».

La sentencia 83/2018, de 14 febrero recuerda la doctrina de esta sala expresiva de que «... el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación"».

El juicio de proporcionalidad es fruto en este caso de una ponderada valoración de los medios económicos de los que disfrutaban ambos cónyuges y de las necesidades del alimentista. Cambiarlo por este tribunal conociendo del recurso de casación no solo sería contrario a la doctrina citada, sino que convertiría a la sala en una tercera instancia.

Cuarto.

La desestimación de ambos recursos determina que, en cuanto a las costas, se impongan a la parte recurrente, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 394 y 398 LEC.



FALLO

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

Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación formulados por la representación procesal de don Borja contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid -Sección 22- de 26 de octubre de 2017, con expresa imposición de las costas causadas por ambos recursos.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.