



Roj: **STS 1053/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1053**

Id Cendoj: **28079110012018100158**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/03/2018**

Nº de Recurso: **1613/2017**

Nº de Resolución: **158/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP , Cádiz , Sección: 5ª, 24/01/2017 (rec. 653/2013),
STS 1053/2018**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 158/2018

Fecha de sentencia: 21/03/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1613/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/03/2018

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CÁDIZ SECCIÓN N. 5

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

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1613/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 158/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 21 de marzo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de infracción procesal y de casación interpuesto por don Patricio , representado por el procurador don Ludovico Moreno Martín-Rico, bajo la dirección Letrada de doña Montserrat Riba Genesca, contra la sentencia dictada con fecha 24 de enero de 2017 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz en los autos de juicio de divorcio contencioso n.º 1332/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Jerez de la Frontera. Ha sido parte recurrida doña Elisabeth , representado por el procurador don José Noguera Chaparro, bajo la dirección letrada de don David Mota Hernández. 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 Fernando Argueso Asta-Buruaga, en nombre y representación de don Patricio , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra doña Elisabeth y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«con estimación del presente escrito, se decrete:

»1º.- El divorcio del matrimonio formado por Don Patricio y Doña Elisabeth , contraído el día 5 de agosto de 2000, en la localidad de Tarrasa (Barcelona).

»2º.- Se establezcan como medidas definitivas después del Divorcio aquellas que constan redactadas y contenidas en el hecho tercero de este escrito y que sustancial mente reproducimos coincidentes con aquellas medidas previas provisionales dictadas en fecha 4 de julio de 2013 Así:

»A).- Que la guarda y custodia de los **hijos** mejores; Juan Pedro y Constancio , la ostente su madre la Sra.Doña Elisabeth .

»B).- En este sentido aquellas materias propias de la patria potestad deben ser asumidas por ambos cónyuges en beneficio de los **hijos menores**, quienes decidirán cuanto conviniere al ejercicio de aquella materias y circunstancias en las que la conformidad de uno de ellos no pueda ser presumida, o aquellas en las que sea exigible legalmente el acuerdo.

»Dada la circunstancia actual de residencia de los progenitores debe establecerse, como de inexcusable cumplimiento paterno-filial, las medidas que conciernen a los **hijos**, referentes a la elección del colegio, futuros cursos en el extranjero, viajes o salidas al extranjero en el que no vayan acompañados por algún progenitor, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas, en definitiva, las decisiones que afecten a la formación, educación y salud de dichos **menores**.

»Así deberán informarse mutuamente y de manera inmediata de cualquier circunstancia que acontezca respecto de las mismas y que tenga carácter de relevante y muy especialmente de cualquier enfermedad, favoreciendo y facilitando el contacto.

»A tal efecto se establecerán unos derechos de **visitas** a favor del padre:

»A).- Fines de semanas y/o puentes. Dado por el momento el domicilio fijado por los progenitores, el padre pasaran fin de semana al mes con sus **hijos**, procurando elegir aquel en el que las fiestas locales, regionales y nacionales de la residencia de los **menores** conlleven aparejada mayor amplitud de vacación, considerando agregarlo al fin de semana y lo hará desde la salida del colegio, hasta el día anterior al comienzo de las clases escolares o hábil a las 20,00 horas.

»Los **menores** pernoctaran con su padre en el domicilio de los tíos maternos del referido, en la misma localidad de Tarrasa, CALLE000 n° NUM000 , NUM001 NUM002 .

»En el caso de residencia de la madre y sus **hijos** en la misma provincia que su progenitor, se ampliará los derechos de **visitas**, a fines de semana alternos, desde el viernes al domingo, además de dos días a la semana (martes y jueves) desde la salida de los **hijos** de su centro escolar hasta las 20,00 horas en otoño e invierno y hasta las 22,00 horas en primavera y verano.

»B). Mitad de los periodos vacacionales, (Verano, Semana Santa y Navidades), periodos que ambos esposos acordaran en su momento, coincidiendo con los períodos vacacionales de éstos. No obstante se establecerá, con carácter supletorio el siguiente de **visitas**:

»Navidades: Los años pares para el padre desde la salida de las vacaciones escolares, hasta el 30 de diciembre a las 20:00 Horas y para la madre desde días 20:00 H del 30 diciembre hasta el día anterior al inicio de las clases escolares a las 20:00 H después de Reyes. Los años impares se alternará lo anterior.

»Alternativa e independientemente de lo indicado, los **hijos** estarán con su padre el día 5 de enero los años pares y el 6 de enero los años impares, alternándose lo anterior con respecto a la madre.

»Semana Mayor.- Los años pares para el padre desde el inicio de las vacaciones escolares a su salida del colegio, hasta el Miércoles Santo a las 20,00 horas y para la madre desde el indicado día y hora, al día anterior al comienzo de las clases escolares. Los años impares se alterará anterior.

»Verano.- Las vacaciones de verano se comprenderán desde la finalización del curso escolar, hasta el inicio del siguiente, estando el **menor** en compañía de sus progenitores en períodos iguales. Para el padre desde el 1 de Agosto hasta dos días anteriores al inicio del curso escolar y para la madre desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el 31 de Julio.

»Durante los períodos de vacaciones de verano que permanezcan los **menores** con uno de sus progenitores, el que no tenga el disfrute, podrá visitar a sus **hijos** un día de cada semana de 16.00 a 22,00 horas, siempre que estén en la misma localidad o adyacentes disfrutando de estas vacaciones.

»Los días de especial festividad del padre y de la madre (santo, cumpleaños y día especial del padre o de la madre), lo pasará con el progenitor que lo celebre, sin que en ningún caso tal día sea computable con lo anteriormente establecido.

»En caso de enfermedad de los **menores**, la madre, en su caso el padre, deberá comunicarlo al otro progenitor inmediatamente, incluso cualquier **visita** ordinaria, al médico, permitiendo visitarlos en su domicilio, y en todo caso, deberá tener en cuenta la opinión del otro en lo relativo a médicos, tratamientos, hospitales, etc.

»En los disfrutes de los periodos vacacionales el padre o la madre, según proceda, tendrán la obligación de estar localizados, y para ello comunicarán el lugar de estancias donde desarrollará dicho disfrute, ello igualmente en atención a lo expuesto en el párrafo anterior.

»De forma expresa, formal y solemne, los progenitores admitirán la obligación legal y moral de mantener y fomentar el cariño, amor, intimidad, obediencia y respeto de sus **hijos** con sus progenitores, así como de sus respectivas familias, evitando cualquier insinuación, comentario o juicio de valor negativo acerca del comportamiento del otro cónyuge de manera que pueda mermar el concepto que Juan Pedro y Constancio deban tener de sus padres.

»C).- En concepto de derecho de alimentos el padre contribuirá con la cantidad de 240,00 ? mensuales, para ambos **hijos**, ello a tenor del artículo 142 y ss. de nuestro Código Civil , con la pertinente subida anual según índice de Precios al Consumo.

»Los **gastos** extraordinarios del **menor** serán abonados al 50% por ambos progenitores, siendo estos, los médicos no cubiertos por la seguridad social, clases extraescolares, actividades deportivas y recreativas, adquisición de material escolar y viajes que se concierten por el Centro Escolar donde curse sus estudios.

»Se impongan las costas a parte demandada sí se observare mala fe en el recurso de la substanciación de esta litis».

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 Eduardo Funes Fernández, en nombre y representación de doña Elisabeth , contestó a la demanda y formuló reconvenición oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se acuerde la fijación de una pensión compensatoria a favor de mi mandante, por importe de 500 euros mensuales, que deberá ser abonado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la entidad bancaria La Caixa, número NUM003 ; todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora reconvenida, para el caso de que se opusiera injustificadamente a lo solicitado por esta parte».

El procurador don Fernando Argueso Asta-Buruaga, en nombre y representación de don Patricio , contesto a la reconvenición oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«mostrando su disconformidad y oposición al otorgamiento de un derecho de pensión compensatoria a tenor del art. 97 del Código Civil a favor de doña Elisabeth ».

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 6 de Jerez de la Frontera, dictó sentencia con fecha 8 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando la demanda de Divorcio interpuesta por el Procurador D. Fernando Argüeso Asta Buruaga en nombre y representación de Don Patricio contra Dña. Elisabeth se declara disuelto por DIVORCIO el matrimonio formado por ambas partes con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y acordando como medidas ratifica- las acordadas en el auto de medidas provisionales dictado en fecha 4 de julio de 2013 cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes de la presente resolución con las siguientes precisiones:

»El padre podrá estar con los **menores** un fin de semana al mes desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo alas 20 horas. Al fin de semana se unirá el día festivo anterior o posterior, o puente escolar. El fin de semana lo elegirá el padre debiendo preavisar con 10 días de antelación.

»Las vacaciones de Navidad y Semana Santa de mantener repartidas por mitad, conforme a los turnos de la demanda.

»El verano se repartirá de manera que los **menores** pasarán un mes, julio o agosto, con cada progenitor, eligiendo el periodo la madre los años pares y el padre los años impares. Durante el mes **de** verano, el progenitor que no tenga a los **menores** podrá estar con los mismos, una tarde de 16 a 22 horas, siempre y cuando se halle en la misma localidad que los **menores**. El día, a falta de acuerdo, será los miércoles.

»Los **gastos** de **desplazamiento** del progenitor no custodio, o en su caso custodio, y de los **menores** para el desarrollo de las **visitas** en vacaciones se abonará al 50% por ambos cónyuges.

»Ambos progenitores podrán comunicar a diario por teléfono u otro medio con los **menores** durante su permanencia con el otro progenitor, y falta de acuerdo las comunicaciones deberán tener lugar entre las 19 y las 20 horas.

»Se fija una pensión de alimentos a favor de los **hijos** en la cantidad de 150 euros mensuales por cada **hijo**, que se abonará los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la demandada, y se actualizará anualmente por el IPC, además del 50% & los **gastos** extraordinarios médicos y farmacéuticos no cubierto por la Seguridad Social y de educación y formación que sean necesarios, imprevisibles, y no periódicos, o caso de ser no necesarios sean consensuados por las partes.

»Se declara disuelto el régimen económico matrimonio

»Todo ello sin expresa imposición de costas procesales».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Patricio . La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 24 de enero de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Estimando parcialmente, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Patricio contra la sentencia de fecha 8 de Abril de 2.015 dictada por el lltmo. Sr. Magistrado Juez del juzgado de Primera Instancia n.º 6 de los de Jerez de la Frontera en el Juicio de Divorcio Contencioso de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos revocar parcialmente, y revocamos, el fallo de la misma en el único y exclusivo sentido en cuanto al régimen de **visitas**, suprimir el primer párrafo el fallo de la sentencia para que recobre vigencia el contemplado en el auto de medidas provisionales, y asimismo ampliar el régimen de vacaciones veraniegas cuyo se establece en dos días posteriores al comienzo de las vacaciones escolares y el final el último día de Julio, y en el segundo periodo comprenderá si mes de agosto hasta dos días anteriores al inicio del curso escolar, y en cuanto a la pensión alimenticia se establece e la cantidad de 120 ? para cada uno de los **hijos**, permaneciendo idénticos e invariables el resto de pronunciamientos que se contienen en dicho fallo, todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas del recurso, así como la devolución al apelante del depósito constituido para recurrir al amparo de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 Noviembre ».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Patricio , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo del art. 469.1.º 2º LEC infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia con vulneración del art. en relación con el art. 1218.1 . y 2 de la LEC por haber incurrido la sentencia en incongruencia y falta de exhaustividad, asícomo en falta de motivación vulneración del art. 24 CE . Segundo.- Al amparo del art. 469. 1º. 3.º LEC se denuncia la indebida denegación de pruebas causante de indefensión vulneración del art. 283 LEC en relación con los arts 347 y del art. 24. CE . Tercero.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho a obtener una resolución motivada, fundada en derecho y congruente (art. 24 CE), al amparo del art. 469. 1.

4.º al considerar que la prueba practicada se ha valorado de forma arbitraria e incongruente con vulneración de los arts 326 y 348 de la LEC .

También formuló recurso de casación basado en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del art. 477. 2.º 3º LEC por interés casacional. Se denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo, vulneración de los principios del interés del **menor** y del reparto de cargas entre los padres. Cita los artículos 39 CE , 90 , 91 y 92 CC . Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3º LEC por infracción del art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del **menor** y del art. 39 de la Constitución Española .

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 20 de diciembre de 2017 , se acordó:

1.º- Inadmitir el motivo segundo del recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Patricio , contra la sentencia dictada con fecha 24 de enero de 2017, por la Audiencia Provincial de Cádiz Sección 5.ª en el rollo de apelación 653/2013 , dimanante del procedimiento de divorcio contencioso n.º 1332/2013 del Juzgado de primera instancia n.º 6 de Jerez de la Frontera.

Dese traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don José Noguera Chaparro, en nombre y representación de doña Elisabeth , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se case la sentencia dictada por la Audiencia.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de marzo de 2018, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación se formula por interés casacional al oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia de esta sala sobre la contribución de las cargas derivadas del régimen de comunicación y **visitas** establecido, porque únicamente reparte la carga económica del **desplazamiento** pero no la carga de viajar con los **menores** que impone solo al progenitor no custodio, y porque únicamente reparte la carga en cuanto a los viajes a realizar en los periodos vacacionales, pero no durante los periodos ordinarios, y todo ello sin justificar la concurrencia, en su caso, de circunstancias extraordinarias que aconsejen la singularización de las medidas a adoptar.

El recurso se formula por vulneración de los principios del interés del **menor** y del reparto de cargas entre los padres, con cita de los artículos 39 CE , 90 , 91 y 92 del CC y de la doctrina de esta sala expresada en las sentencias 289/2014, de 14 de mayo ; 684/2015, de 19 de noviembre y 565/2016, de 27 de septiembre , en las que se ha establecido la doctrina siguiente:

«para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar al **menor** del domicilio de cada uno de los progenitores se habrá de estar al deseable acuerdo de las partes, en tanto no viole el interés del **menor** y en su defecto: a) Cada padre/madre recogerá al **menor** del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de **visita**, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del **menor** y distribución equitativa de las cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un **desplazamiento** a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables».

Esta doctrina se reitera en la sentencia 676/2017, de 15 de diciembre , y se establece en beneficio e interés del **menor**, al facilitar su relación con cada uno de los progenitores.

En el desarrollo del motivo sostiene que pese a que la sentencia recurrida mantenga que no hubo una petición de parte concreta sobre la forma de reparto de los **gastos** derivados del régimen de **visitas**, si la hubo en el acto de la vista.

SEGUNDO.- El recurso se desestima.

Lo que dice la sentencia sobre los **gastos de desplazamiento** es que no existe una petición concreta y expresa, a pesar de lo cual «los mismos se reparten por el "juez a quo" al 50% en los periodos vacacionales, no siendo lógico que los mismos se produzcan en otras **visitas**», y ello está vinculado no solo a los principios procesales dispositivo y de rogación que tiene como consecuencia directa el que no pueda concretarse, más allá del periodo indicado, un régimen para periodos distintos, sino al hecho de que resulta indispensable para resolver con las debidas garantías cual es la propuesta concreta que permita cumplir el régimen de **visitas** en beneficio de los dos **hijos menores**, sin el obstáculo de los **desplazamientos**.

En la doctrina jurisprudencial antes expresada se destaca que habrá de primarse el interés del **menor** y un reparto equitativo de cargas, a fin de que los **gastos de desplazamiento** no impidan el contacto con el **menor**, pero debiendo tener en cuenta la capacidad económica de cada uno, su horario laboral, etc, así como el hecho de que se trata en este caso de un **desplazamiento** de larga distancia que exige ponderar las circunstancias concurrentes para resolver en su vista, y lo cierto es que la sentencia de apelación no pudo tener en cuenta dichos datos, ni los tiene esta sala para resolver en el beneficio e interés de los **menores**, como sería deseable.

Por lo expuesto procede desestimar el recurso dado que el interés de los **menores** hace aconsejable que sea el padre, como lo ha venido haciendo, el que se desplace en estos periodos, lo que además ha sido tenido en cuenta al mantener una pensión de alimentos moderada, dado el elevado **gasto** que le supone la ejecución del régimen de **visitas** (arts. 90 a 93 del C. Civil).

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

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

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación legal de don Patricio , contra la sentencia dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, de fecha 24 de enero de 2017 , con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

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

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

Así se acuerda y firma.