



Roj: **STS 1902/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1902**

Id Cendoj: **28079110012017100296**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/05/2017**

Nº de Recurso: **3579/2016**

Nº de Resolución: **301/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 2310/2016,**
STS 1902/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 16 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Benita , representada por el procurador D. José María Torrejón Sampedro bajo la dirección letrada de D.^a Rosa Isabel Cuervo Asensio, ambos designados por el turno de oficio, contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2016 por la sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo en el recurso de apelación n.º 348/2016 dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 396/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mieres. Ha sido parte recurrida D. Alexander , representado por la procuradora D.^a Nuria Álvarez Rueda y bajo la dirección letrada de D. Gerardo Jesús Álvarez Moro. Ha sido parte el Ministerio Fiscal

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D. Alexander , interpuso demanda de juicio verbal de divorcio contencioso contra D.^a Benita en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se declare:

«La disolución por divorcio del matrimonio formado por D.^a Benita y D. Alexander con todos los efectos inherentes a esta declaración, con la adopción de las siguientes medidas definitivas:

»1.- Patria Potestad y Guarda y Custodia de los menores.- La Patria Potestad será compartida, adjudicándose la Guarda y Custodia a la madre.

»2.- Régimen de visitas, comunicaciones y estancias de la menor con el progenitor no custodio.- Será tan amplio como acuerden los padres, siempre en beneficio de la hija.

»Si hubiere desacuerdo se propone el siguiente:

»Dos meses de las vacaciones de verano y las vacaciones de navidad. Y las fechas en las que el padre pudiere trasladarse a España fuera de estos periodos de tiempo, siempre que se lo notificase con la suficiente antelación a la madre y sin perturbar el periodo lectivo de la niña. A elección del padre, las visitas podrían efectuarse en España o en los Estados Unidos, trasladando la madre a la niña a Madrid cuando sea preciso.

»Se mantendrá la comunicación diaria, por teléfono o videoconferencia, de al menos 20 minutos de duración, tal y como se viene haciendo hasta el momento.

»En caso de que el padre volviese a residir en España se propone el siguiente: fines de semana alternos, viernes desde la salida del colegio hasta las 21:00 horas del domingo. Mitad de vacaciones de verano, semana santa y navidad, eligiendo el padre los años impares y la madre los pares.

»3.- Atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal.- En la actualidad no existe, morando la madre y la niña en el hogar de la abuela materna.

»4.- Pensión de alimentos para la hija.- El padre abonará a su esposa por este concepto 370 € al mes, suma que oscilará anualmente según el IPC que publique anualmente el INE.

»Los gastos extraordinarios (actividades y clases extraescolares, gastos médicos -singularmente ópticos, oftalmológicos-) deberán ser asumidos al 50 por ciento por cada padre. En caso de no existir acuerdo, se recabará autorización judicial».

2.- La demanda fue presentada el 7 de octubre de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Mieres y fue registrada con el n.º 369/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada

3.- D.^a Benita, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara en su día sentencia por la que se acuerde:

«La disolución por divorcio del matrimonio y se fijen las siguientes medidas además de las que se solicitan en la demanda reconvenional.

»1.- La Patria Potestad será compartida por ambos progenitores.

»2.- Se atribuya la guardia y custodia de la menor a su madre Benita, que de hecho ya la venía ostentando.

»3.- Se acuerde el siguiente régimen de visitas para con el padre:

»Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos, el primero desde el día 19 de diciembre a las 10 horas hasta el día 28 de diciembre, y el segundo desde las 10 horas del día 29 de diciembre hasta el 6 de enero a las 22 horas.

»Las vacaciones de Verano también se dividirán en dos períodos iguales, el primero abarca desde las vacaciones de la menor a finales del mes de junio y todo el mes de julio y el segundo desde agosto hasta que comience el colegio en el mes de septiembre.

»La elección de períodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares.

»Para llevar a cabo las visitas con su padre, el padre recogerá y reintegrará a la menor en el hogar materno. La hija no podrá viajar sola ni con personas ajenas a su entorno habitual. Todos los gastos que supongan los viajes desde Miami a Asturias y a la inversa serán sufragados solo por el padre.

»El tiempo en que el padre se encuentre en España durante el calendario escolar de su hija, y en defecto de cualquier acuerdo que pudieran alcanzar libremente los padres de la menor, disfrutará de su compañía previa comunicación con suficiente antelación y sin perturbar los horarios lectivos.

»Se facilitará el contacto entre la menor y el otro progenitor, de forma telefónica, videoconferencia o cualquier otra, siempre que se produzca en horario adecuado al país donde se encuentre la menor.

»4.- No ha lugar a acordar nada respecto a la atribución del domicilio conyugal al no existir.

»5.- D. Alexander abonará en concepto de alimentos para la hija habida en el matrimonio, la cantidad de seiscientos euros (600 €). Esta pensión de alimentos será incrementada conforme al IPC anual que publique el INE u organismo equivalente que lo sustituya.

»Los gastos extraordinarios serán compartidos y deberán incluir el coste de matrícula y material escolar, así como las clases extraescolares».

En el «OTROSI DIGO» interpone demanda reconvenional de divorcio contra D. Alexander en la que, con intervención del Ministerio Fiscal, solicita se dicte sentencia por la que:

«Dando lugar al divorcio como se interesa en la demanda principal y en la contestación con los pedimentos solicitados en la misma, se determine como medida derivada del divorcio la siguiente:

»Se establezca en concepto de pensión compensatoria a favor de Dña. Benita la cantidad de 300 euros mensuales con la limitación de tres años, que serán ingresados en la cuenta que se designe al efecto y actualizables anualmente conforme al IPC publicado por el INE u organismo similar.

»Y con condena en costas a la parte demandante y reconvenida, conforme a los criterios del art. 394 LEC».



4.- D. Alexander contestó a la demanda reconvenional oponiéndose a la misma y solicitando la desestimación íntegra de ésta.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Mieres dictó sentencia n.º 53/2016 de fecha 18 de abril, con el siguiente fallo:

«Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales, D.ª Nuria Álvarez Rueda, en nombre y representación de D. Alexander , y desestimar la demanda reconvenional interpuesta por el procurador de los tribunales, D. Tomás García-Cosío Álvarez, en nombre y representación de D.ª Benita , decretándose el divorcio y disolución del matrimonio celebrado entre ambos el 11 de diciembre de 2009, con las siguientes medidas definitivas:

»1. Quedan revocados los poderes y consentimientos otorgados mutuamente por los cónyuges, cesando la posibilidad de vincular en el ejercicio de la potestad doméstica bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

»2.- Atribución de la guarda y custodia de la hija menor de ambos, Valle , a la madre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

»3. Establecimiento de un régimen de visitas de la menor a favor del padre, en los términos expuestos en el suplico de la contestación a la demanda presentada por la madre.

»4.- El padre deberá abonar, en concepto de pensión de alimentos a favor de la hija menor, 600 euros mensuales, mediante ingreso en cuenta designada al efecto por la madre dentro de los 5 días de cada mes, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC.

»5. Se declara disuelta la sociedad de gananciales; que podrá ser liquidada una vez firme la presente resolución.

»No procede hacer pronunciamiento sobre las costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Alexander .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, que lo tramitó con el n.º de rollo 348/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 26 de septiembre de 2016, cuyo fallo dispone:

«Se acoge parcialmente el recurso de apelación deducido por don Alexander , contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Mieres, en autos de juicio de divorcio núm. 396/2015, seguidos a su instancia contra doña Benita , a que el presente rollo se refiere, la que se revoca parcialmente en los siguientes extremos:

»Se fija a partir de la fecha de esta sentencia en 480 € mensuales, la pensión de alimentos que el padre ha de abonar a la hija común Valle , manteniendo el porcentaje del 80% de contribución del mismo a los gastos extraordinarios de la misma así como la forma de pago y actualización fijada en la recurrida.

»En cuanto a las visitas, se amplía el régimen de estancia del padre con su hija durante las vacaciones de verano a un periodo de un mes y tres semanas, llevándose a cabo ésta, a elección del padre, bien en España, bien en su lugar de residencia, Estados Unidos, en cuyo caso la madre trasladará a la niña a Madrid, autorizándose para el viaje en avión de la niña a la residencia de su padre la utilización del servicio de compañía y asistencia a menores prestado por las Cías Aéreas.

»Se mantiene en cuanto al resto el régimen fijado en la recurrida, con la sola precisión en cuanto a las vacaciones de navidad de ampliar la estancia de la niña con su padre cuando este se traslade a su lugar de residencia a los fines de semana que no coincidan con el periodo de estancia con su hija.

»En lo demás se mantienen los pronunciamientos de la recurrida.

»Todo ello sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D.ª Benita interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación se fundamenta en:

«La infracción de la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente en las sentencias del Tribunal Supremo, sala de lo civil, 565/2016, de 27 de septiembre y sentencia del Tribunal Supremo, sala de lo civil 289/2014 de 14 de mayo, dictada en interés casacional sobre el principio del interés preferente menor, art. 39 de la Constitución y 92, 93 y 94 del Código Civil».



2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 1 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por doña Benita contra la sentencia dictada con fecha de 26 de septiembre de 2016 por la Audiencia Provincial de Asturias (sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 348/2016, dimanante del juicio de divorcio n.º 396/2015».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos, quedando el presente recurso de casación pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 4 de abril de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 10 de mayo de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1.- D. Alexander y D.ª Benita, que tienen una hija en común, nacida el NUM000 de 2009, contraen matrimonio el 15 de mayo de 2010. El 18 de abril de 2016, D. Alexander interpone demanda de divorcio contra D.ª Benita. En ese momento, D. Alexander reside en Miami, donde se trasladó por motivos laborales y donde vive su familia. D.ª Benita y su hija viven en Mieres, con la madre de D.ª Benita.

La sentencia del Juzgado atribuye la guarda y custodia de la niña a D.ª Benita y acoge en su integridad el régimen de visitas propuesto por la madre en su contestación a la demanda:

«Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos, el primero desde el día 19 de diciembre a las 10 horas hasta el día 28 de diciembre, y el segundo desde las 10 horas del día 29 de diciembre hasta el 6 de enero a las 22:00 horas. Las vacaciones de verano también se dividirán en dos períodos iguales, el primero abarca desde las vacaciones de la menor a finales del mes de junio y todo el mes de julio y el segundo desde agosto hasta que comience el colegio en el mes de septiembre. La elección de períodos corresponderá a la madre en los años pares y al padre en los impares. Para llevar a cabo las visitas con su padre, el padre recogerá y reintegrará a la menor en el hogar materno. La hija no podrá viajar sola ni con personas ajenas a su entorno habitual. Todos los gastos que supongan los viajes desde Miami a Asturias y a la inversa serán sufragados solo por el padre. El tiempo en que el padre se encuentre en España durante el calendario escolar de su hija, y en defecto de cualquier acuerdo que pudieran alcanzar libremente los padres de la menor, disfrutará de su compañía previa comunicación con suficiente antelación y sin perturbar los horarios lectivos. Se facilitará el contacto entre la menor y el otro progenitor, de forma telefónica, videoconferencia o cualquier otra, siempre que se produzca en horario adecuado al país donde se encuentre la menor. El padre, además deberá abonar una pensión de alimentos a favor de la hija de 600 euros mensuales y abonar el 80% de los gastos extraordinarios».

3.- D. Alexander recurre en apelación el régimen de visitas, estancia y comunicación con la hija común así como la cuantía de la pensión de alimentos y porcentaje atribuido de los gastos extraordinarios. En síntesis, alega: i) que la niña, por su edad, puede viajar sola si se utiliza el sistema de acompañantes de menores de las compañías aéreas; que no se trata de una decisión caprichosa dado el importe del precio de los billetes que tendría que sufragar el padre si tuviera que desplazarse para recoger a la menor; alega también que para la niña solo se derivarían ventajas de la estancia en Miami (relación con la familia paterna, aprendizaje de inglés); que en la sentencia ni siquiera se fija una edad a partir de la cual se admitiría que la niña viajara contratando el servicio de acompañantes; que hay jurisprudencia que distribuye los gastos de los desplazamientos para la recogida de los niños; que el trastorno que le ocasionaría a la madre trasladarse a Madrid para que la niña pudiera coger el avión es mínimo comparado con el trastorno que se quiere imponer al padre y que las cargas deben distribuirse equitativamente, según la sentencia 685/2014, de 19 de noviembre. ii) Para compensar el escaso tiempo que pueden pasar juntos padre e hija cree que debe ampliarse el plazo en vacaciones de verano. iii) Que no tiene más ingresos que los que percibe de su nómina y numerosos gastos por el alto nivel de vida en Miami y los viajes que debe sufragar para hacer frente al derecho de visitas, por lo que debería fijarse la pensión en 370 euros y los gastos extraordinarios por mitad.

La madre se opone al recurso. El Ministerio Fiscal, en trámite de alegaciones, considera procedente que la niña haga el viaje en avión acompañada por personas de su entorno habitual y no se opone a que a partir de cierta edad pueda hacer el viaje sola; considera adecuado repartir los periodos vacacionales por mitad entre ambos



progenitores así como que se reduzca la pensión a 480 euros mensuales, pero no que se acepte la propuesta del padre de reparto por mitad de los gastos extraordinarios.

4.- La Audiencia Provincial estima en parte el recurso y dicta sentencia por la que fija la pensión de alimentos que el padre ha de abonar a la hija común en 480 euros mensuales, pero mantiene el porcentaje del 80% para su contribución a los gastos extraordinarios. En cuanto a las visitas, se amplía el régimen de estancia del padre con su hija durante las vacaciones de verano a un periodo de un mes y tres semanas; establece que la visita se realizará, a elección del padre, bien en España, bien en su lugar de residencia, Estados Unidos; para este último caso, establece que la madre deberá trasladar a la niña a Madrid; autoriza que para el viaje en avión de la niña a la residencia de su padre se utilice el servicio de compañía y asistencia a menores prestado por las compañías aéreas. En cuanto a las vacaciones de Navidad, cuando el padre se traslade al lugar de residencia de la niña, la sentencia amplía la estancia a los fines de semana que no coincidan con el periodo de estancia con su hija.

Los principales argumentos de la sentencia son que:

«Teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes derivadas de la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores, se estima justificada la ampliación del periodo de estancia de la hija con el padre durante las vacaciones de verano, para compensar la ausencia de visitas intersemanales y, muy posiblemente, por las obligaciones laborales del padre, durante las vacaciones de Semana Santa, fijándose así el periodo de estancia de la hija con el mismo en un mes y tres semanas. También la posibilidad de acudir al servicio de guardería o acompañante de menores, ofertado por las compañías aéreas durante su traslado de Madrid a Miami, así como que la madre contribuya a facilitar ese periodo de estancia de la menor en el domicilio de su padre, acompañando a la niña desde su actual domicilio en Mieres a Madrid, durante las entregas y recogidas de este periodo vacacional de verano. No puede estimarse que la edad de la niña, 7 años, cuando se lleve a cabo el primer traslado al domicilio de su padre, suponga un obstáculo para el uso de este servicio ofertado con normalidad por todas las compañías aéreas que permite facilitar esa estancia de menores con ambos progenitores cuando estos residen en países distantes entre si como es el caso».

Rechaza la solicitud de que el tiempo de estancia con la hija y régimen de traslado se amplíe igualmente a todo el periodo de vacaciones de Navidad, por entender que, coincidiendo durante el mismo las vacaciones laborales del padre, no existe necesidad de someter a la menor a un traslado a su domicilio cuando el padre puede trasladarse al de la menor, bien que caso de efectuarlo deba facilitársele por la madre una mayor comunicación con su hija mientras permanezca en su lugar de residencia, ampliando el mismo a los fines de semana y puentes que no coincidan con la mitad del periodo que le corresponda.

Por lo que se refiere a los alimentos, la Audiencia reduce la cuantía, teniendo en cuenta el coste económico que para el padre va a suponer el régimen de comunicación:

«Debe reputarse parcialmente justificada la minoración que se pretende de la pensión ordinaria reputándose más ponderada a la capacidad económica del padre, no otra que la invocada en el recurso según la documentación adjuntada con el mismo con su demanda, y necesidades de la hija menor en este momento, las propias de su edad, sin gasto de escolarización alguno al acudir a un centro público, residiendo junto con su madre en el domicilio de la abuela, la solicitada al respecto por el Ministerio Fiscal de 480 euros mensuales, dado que a la hora de tomar en consideración su capacidad económica, ha de tenerse en cuenta el importante coste económico que para el padre va a suponer el régimen de comunicación con su hija, por la necesidad de sufragar el coste de traslado bien de la misma bien propio, desde su actual domicilio en EEUU, concretamente en la localidad de Miami, a Madrid o a Mieres, lugar de residencia de la menor al menos dos veces al año».

Por el contrario rechaza la reducción de la contribución del padre a los gastos extraordinarios, toda vez que no se discute que en la actualidad la capacidad económica de la madre es muy inferior al encontrarse normalmente en situación de desempleo, con trabajos de mera suplencia y por ello sin ingresos regulares.

SEGUNDO.- D.^a Benita interpone contra la sentencia de la Audiencia recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso se funda en un único motivo en el que denuncia infracción de los arts. 39 de la Constitución española y 92, 93 y 94 del Código civil.

Para justificar el interés casacional aporta las sentencias de esta sala 565/2016, de 27 de septiembre y 289/2014, de 26 de mayo (el encabezamiento, sin duda por error, indica la fecha de 14 de mayo).

Sostiene, en esencia, que la sentencia recurrida se opone a la doctrina establecida en estas dos sentencias porque, al modificar el mecanismo de entrega y recogida de la menor fijado en la sentencia de primera instancia, vulnera los principios del reparto equitativo de las cargas y de protección del menor: el primero por cuanto la sentencia impone a la madre parte de la carga del desplazamiento de la menor desde Mieres a Miami (donde



reside el padre); el segundo porque obliga a la menor a desplazarse sola en avión, también durante el período vacacional del verano, que no coincide con las vacaciones del padre no custodio.

Añade que la sentencia no pondera el interés de la menor porque, aunque alude genéricamente a su reconocimiento en textos legales nacionales e internacionales ni tiene en cuenta las particulares circunstancias concurrentes en el caso (el largo trayecto, la duración del viaje, la edad de la niña, el que tenga que hacer el viaje sola, sin estar acompañada por una persona conocida, por mucho que las compañías aéreas cuenten con un servicio de acompañamiento, que en el pasado el padre se desplazaba para ver a la niña, que no se conocen las condiciones en las que estará la niña en el período de las vacaciones de verano, temporada en la que el padre trabaja). Concluye que debe establecerse una fórmula de llevar a cabo las comunicaciones con el progenitor no custodio de la forma más beneficiosa y menos molesta para la menor, no para el padre.

Por lo que se refiere a las condiciones económicas de los progenitores dice que el padre tiene un trabajo cualificado de ingeniero, mientras que la madre no trabaja, por lo que no le parece equitativo que tenga que desplazarse con la niña desde Asturias hasta Madrid y volver a recogerla al regreso. Añade que le parece poco razonable que se fije la cuantía de los alimentos en 600 euros, cantidad que representa un treinta por ciento de los ingresos del padre.

Termina suplicando que se case la sentencia recurrida y se dicte otra por la que se declare haber lugar al régimen de visitas y a la pensión de alimentos en la forma acordada por el Juzgado de Primera Instancia.

2.- D. Alexander presenta escrito de oposición a la admisión del recurso, alegando causa de inadmisibilidad. Subsidiariamente solicita que el recurso sea desestimado.

En primer lugar, conforme al art. 485.II LEC, alega causa de inadmisibilidad por carecer el recurso de interés casacional. En este sentido, argumenta el escrito que la sentencia recurrida respeta la doctrina de la sala pues, ponderando las circunstancias concurrentes, prevé que la madre asuma el traslado de la niña a Madrid para coger el avión. Por lo que se refiere a la pensión de alimentos argumenta que la recurrente no aporta ninguna sentencia.

Por lo que se refiere al régimen de estancias y visitas de la menor con su padre, argumenta que la propuesta de la madre de que él se desplace desde su lugar de residencia en Miami a Mieres para recoger a la niña no solo comportaría un gasto inasumible para su nivel de ingresos, sino que le exigiría solicitar un permiso laboral o, caso de no obtenerlo, asumir el coste de la delegación del viaje en otra persona, con lo que de facto se imposibilitaría la estancia de la menor con la familia paterna en Miami. Argumenta que es coherente con el principio del reparto equitativo de las cargas y la doctrina de esta sala que la madre contribuya acercando a la niña a Madrid y recogiénola allí a la vuelta. Añade que la edad de la niña es suficiente como para asumir con tranquilidad el viaje, que es beneficioso para ella pasar el mayor tiempo posible con su padre, dada la distancia que los separa, y que las dudas acerca de con quién estará la menor durante las vacaciones de verano es una cuestión sobrevenida, que la recurrente solo plantea ahora, al ampliarse del mes inicialmente concedido al mes y medio la estancia de la niña en verano, y que realmente sí conoce a la familia paterna, por lo que sabe que la niña estará atendida.

Por lo que se refiere a la determinación del importe de la pensión de alimentos alega que, a pesar de la referencia que se hace a este asunto en el desarrollo del recurso, el motivo único en que se funda solo se refiere a las estancias de la menor y ninguna de las sentencias aportadas para justificar el interés casacional guarda relación alguna con la pensión de alimentos. El escrito de oposición argumenta que no se menciona en el encabezamiento del motivo ni cuál es el interés casacional, ni la doctrina que se considera vulnerada, por lo que concurre causa de inadmisión. En cualquier caso, concluye que la sentencia recurrida motiva su decisión y respeta el principio de proporcionalidad a la hora de fijar los alimentos, al atender a los ingresos del padre, al nivel de vida del lugar de su residencia y a los costes de desplazamiento que debe afrontar para estar con su hija. Añade que carece de otros ingresos y que se ha visto obligado a vivir en Miami por no tener trabajo en España.

3.- El Ministerio Fiscal, tras apreciar que no se recurre en sede casacional la cuantía de la pensión de alimentos, solicita la desestimación del recurso de casación en lo relativo a la ejecución del régimen de visitas por entender que no concurre el interés casacional alegado. Advierte que es una cuestión delicada dada la edad de la niña, pero que no solo no aprecia riesgo de ninguna clase en que la niña, que tiene cumplidos los siete años, se desplace en avión en compañía del servicio de tal clase que ofrecen las compañías aéreas, sino que en la sociedad actual es una práctica habitual, que la niña está acostumbrada a los desplazamientos de su padre, asume que este tiene su residencia en Miami y que el interés de la menor queda protegido en la decisión recurrida por la relación que establece con el padre y su familia en un entorno que le va a enriquecer.

TERCERO.- Por las razones que se exponen a continuación, el motivo se desestima.



1.- Se rechaza la alegación de inadmisibilidad formulada por el recurrido en su escrito de oposición.

Es verdad que la técnica del escrito de interposición del recurso es mejorable, porque en el desarrollo del recurso se mezclan aspectos variados sobre el contenido de la sentencia y se incluyen referencias a la misma y reflexiones más propias de un escrito de alegaciones que de un recurso de casación. Sin embargo, en el «motivo único» se identifica un concreto problema jurídico planteado (el régimen de las visitas de D. Alexander a su hija Valle durante las vacaciones de verano, en atención a que el padre reside en el extranjero), se citan como infringidos preceptos coordinados y relacionados con el litigio (arts. 39 de la Constitución española y 92, 93 y 94 del Código Civil) y se aportan sentencias de esta sala que justificarían el interés casacional que presenta el recurso si, como alega la recurrente, se opusieran a la doctrina de la sala sobre traslados del menor cuando los progenitores residen en lugares alejados. La valoración de si la sentencia recurrida infringe tales preceptos y si se opone a la doctrina del Tribunal Supremo debe efectuarse al estudiar el fondo del asunto.

Precisamente por esa defectuosa técnica del escrito de interposición conviene precisar, como se apunta tanto en el escrito de oposición como en las alegaciones del Ministerio Fiscal, que queda fuera del presente recurso de casación la cuantía de los alimentos. En efecto, el tema se menciona incidentalmente en dos ocasiones en el escrito de interposición (en la p. 5 del escrito, al mencionar lo que llama «objeto de controversia» dice que lo es el régimen de visitas «y la cuantía de la pensión»; en la p. 8, al razonar sobre la distribución de las cargas de los traslados introduce un párrafo en el que argumenta que no es equitativo que la madre tenga que trasladar a la niña a coger el avión y termina con un inciso en el que añade que «tampoco parece razonable que se fije en una cuantía inferior a 600 euros la cantidad de la pensión que el padre debe abonar en concepto de alimentos»). Y en el suplico del recurso se termina solicitando que se declare haber lugar al régimen de visitas y a la pensión de alimentos en la forma acordada por el Juzgado de primera instancia. Sin embargo, no se invoca cuál sería el interés casacional ni en el desarrollo del recurso se desarrolla mínimamente con criterios jurídicos cuál sería el criterio aplicado cuya valoración infringe la norma aplicable.

2.- El art. 94 CC encomienda al juez la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas. El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre, con cita de otras anteriores). Así lo exige el art. 39 de la Constitución y resulta también del art. 92.4 y 8 y del art. 94 CC, que deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

No existe una previsión legal acerca de cómo debe organizarse el sistema de visitas ni con carácter general ni, en particular, cuando los progenitores residen en lugares alejados o incluso, como sucede en el caso, en países que se encuentran en distintos continentes. Como ha advertido esta sala, cuando no exista un acuerdo entre los progenitores que sea beneficioso para el menor, para los supuestos que supongan un desplazamiento de larga distancia, es preciso ponderar las circunstancias concurrentes con el fin de adoptar las medidas singulares más adecuadas en interés del menor (sentencias 289/2014, de 26 de mayo, 685/2014, de 19 de noviembre, 565/2016, de 27 de septiembre).

La determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas a que se refiere el art. 94 CC exige concretar la frecuencia de las visitas y su duración, quién se desplaza y quién asume el gasto del desplazamiento para adaptar el régimen a las circunstancias que concurran: la edad del menor, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etc. En función de esas circunstancias hay que establecer si, para compensar la dificultad que supone la distancia para las visitas más frecuentes es posible ampliar las visitas de los periodos vacacionales, si debe trasladarse el menor -solo o acompañado- o si, por el contrario, debe trasladarse uno de los progenitores, y cuál, para recogerlo.

Puesto que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la custodia permanente se configuran como un derecho del progenitor y, al mismo tiempo, como un derecho del propio hijo, un régimen de visitas que entorpezca su relación es contrario al interés del menor. En particular, no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva en la efectividad del derecho de visitas se encuentra el de los gastos de traslado necesarios para que el progenitor pueda tener en su compañía al menor, pues una imposición de gastos que resulte difícilmente asumible por el progenitor, en atención a sus circunstancias económicas, obstaculiza el derecho de visitas y priva al menor de su compañía. De allí que, como declara la doctrina contenida en las sentencias citadas de esta sala, deba decidirse en cada caso atendiendo al interés del menor y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales de dedicación al traslado, lo que también redundaría en el prevalente interés del menor, en la medida en que favorece el ejercicio del derecho de visita.



Partiendo de estos dos principios, interés del menor (art. 39 de la Constitución, art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, arts. 92 y 94 CC) y reparto equitativo de las cargas (que se induce también de los arts. 90.1.d., 91 y 93 CC), la solución que se adopte en cada caso tiene que ser la ajustada a las circunstancias concretas. No resulta posible adoptar de manera rígida un único sistema de frecuencia, duración, ni de traslado y contribución a sus gastos.

En cada caso, en atención a los datos de hecho, lo que procede es valorar el interés del menor y así se hace en la doctrina de esta sala en los supuestos que se ha pronunciado sobre el derecho de visitas cuando los padres residen en lugares alejados:

i) La sentencia 289/2014, de 26 de mayo que, a partir de los principios generales de interés del menor y contribución equitativa a los gastos elabora la doctrina sobre el reparto de gastos de los traslados derivados del ejercicio del derecho de visita, entiende que, en el caso concreto (viaje de treinta y dos kilómetros en autobús de un niño de cuatro años, padres de escasos ingresos), debe ser casada la sentencia que atribuye al progenitor que no tiene la custodia todos los gastos de recogida y retorno, sin ponderar expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas; se confirma la del Juzgado que atribuía a cada progenitor la recogida del niño en el domicilio del otro.

ii) La sentencia 536/2014, de 20 de octubre, casa la de la Audiencia Provincial y confirma la del Juzgado que, valorando las circunstancias concurrentes en un caso en el que, por ser conforme al interés del menor, se autoriza que la madre custodia se traslade a Brasil (la madre vuelve a su país, donde tiene a toda su familia directa, el padre carece de un entorno familiar insuficiente para cuidar al hijo si encontrara trabajo) y se fija que los gastos de traslado del niño para visitar al padre sean compartidos («protegiendo las comunicaciones del hijo con el padre mediante un justo y equilibrado reparto de gastos»).

iii) La sentencia 685/2014, de 19 de diciembre, confirma la sentencia que, valorando el interés del menor y, atendiendo a la modificación sustancial de las circunstancias (cambio de trabajo y menores ingresos del padre y la edad del menor, que inicialmente desaconsejaban el traslado en transporte público -la madre carecía de medio propio de transporte-, sin adaptación para niños de corta edad), modifica la situación inicial (en la que el padre asumía los gastos de traslado para recoger al menor y retornarlo) y, haciendo pivotar sobre los dos progenitores los gastos de traslado y los tiempos utilizados a tal fin, acuerda que en la semana y vacaciones que le correspondan al padre recogería él al niño en Bilbao (donde vive con la madre) y la madre lo recogería en Burgos (donde vive el padre) y lo retornaría a Bilbao.

iv) La sentencia 748/2014, de 11 de diciembre, al entender que pondera el interés del menor con arreglo al principio de proporcionalidad, confirma la sentencia que, tras valorar el interés de la menor y referir expresamente que es beneficioso para ella, autoriza el cambio de residencia de la madre custodia que se traslada al lugar de trabajo de su actual marido (de Barakaldo a Casteldefells) y le atribuye a ella los gastos de los desplazamientos de la menor para ver al padre (extremo que no fue impugnado).

v) La sentencia 529/2015, de 23 de septiembre, casa la sentencia que atribuía a la madre custodia todos los gastos de traslado del menor para visitar a su padre; en el caso, tras apreciar error notorio en la valoración de la prueba (sobre si el traslado de la madre, militar de profesión, de Tenerife a Melilla, fue voluntario o forzoso) e incongruencia (el padre no solicitó la custodia ni la totalidad de las vacaciones de semana santa), la sala asume la instancia y declara que, con arreglo a los principios de interés del menor y reparto equitativo de las cargas, procede que la madre custodia asuma la mitad de los gastos de desplazamiento del hijo a la residencia del padre, excepto en las vacaciones de verano; tiene en cuenta para ello la ausencia de traslado caprichoso de la madre y el incremento de los gastos que recaen sobre el padre para visitar a su hijo, lo que redundaría en su perjuicio, en cuanto obstaculiza la relación padre e hijo.

vi) La sentencia 664/2015, de 19 de noviembre, casa la sentencia recurrida que, sin ponderar el interés del menor y el reparto equitativo de cargas, opta por atribuir al padre la recogida y retorno de la menor. Asumiendo la instancia, la sala declara que corresponde a cada progenitor hacer frente a los gastos de transporte del desplazamiento para recoger y llevar al niño a su respectivo domicilio (Sevilla, donde se ha trasladado la madre custodia y Valencia, donde reside el padre). Atiende para ello a los ingresos y posibilidad de acceso al trabajo de ambos.

vii) La sentencia 565/2016, de 27 de septiembre, confirma la sentencia que, a la vista de las circunstancias del caso (la residencia de la madre y del menor, de cuatro años, siempre ha sido Madrid; el padre se trasladaba allí desde Granada antes de la ruptura afectiva de la pareja y tiene una capacidad económica superior; la pensión que se fija es moderada en atención a sus ingresos y gastos, incluidos los de desplazamientos para el derecho de visita) valora que el interés del menor es que este permanezca con la madre y sea el padre el que se desplace para ejercitar el derecho de visita.



viii) El auto de 3 de junio de 2015 no admite el recurso de casación interpuesto por la madre contra la sentencia que autoriza, en interés del menor, el traslado al extranjero del padre custodio (a Argentina, donde tiene su familia directa, una oferta de trabajo y un piso de residencia, frente a la situación de la madre, que tiene una hija de otra relación que se encuentra en una familia de acogida y cuya familia está en otra localidad) pero al mismo tiempo establece un amplio régimen de visitas a favor de la madre, y asigna al padre el pago de los gastos de desplazamiento del hijo para visitar a su madre, dadas las dificultades económicas de ella.

Siendo diferentes las soluciones finales, porque están en función de las circunstancias que concurren en cada caso, todas estas resoluciones de la sala deciden valorando si la sentencia recurrida ha motivado su decisión en atención al principio del interés del menor y del reparto equitativo de las cargas. En el recurso de casación solo puede examinarse si la sentencia recurrida ha motivado suficientemente, a la vista de los hechos que considera probados, el interés del menor. El recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia en la determinación del régimen de visitas.

3.- En el supuesto que da lugar al litigio de que trae causa el presente recurso de casación, la sentencia del Juzgado dividió las vacaciones de verano en dos periodos iguales y fijó que, «para llevar a cabo las visitas con su padre, el padre recogerá y reintegrará a la menor en el hogar materno. La hija no podrá viajar sola ni con personas ajenas a su entorno habitual. Todos los gastos que supongan los viajes desde Miami a Asturias y a la inversa serán sufragados solo por el padre».

La sentencia de la Audiencia modificó este aspecto y entendió justificada la ampliación del periodo de estancia de la hija con el padre en verano (un mes y tres semanas) y «también la posibilidad de acudir al servicio de guardería o acompañante de menores, ofertado por las compañías aéreas durante su traslado de Madrid a Miami, así como que la madre contribuya a facilitar ese periodo de estancia de la menor en el domicilio de su padre, acompañando a la niña desde su actual domicilio en Mieres a Madrid, durante las entregas y recogidas de este periodo vacacional de verano».

La madre considera que la sentencia recurrida es contraria al interés de la menor, al permitir que la niña, nacida el NUM000 de 2009, realice el viaje en avión desde Madrid a Miami sin la compañía de una persona de su entorno habitual, habida cuenta de su edad y de las características del viaje, sin que le resulte suficiente el acompañamiento del servicio de las compañías aéreas. Considera además que la sentencia vulnera el principio del reparto equitativo de cargas al atribuir a la madre el desplazamiento de la menor desde Mieres a Madrid para coger el avión.

Entiende la sala que, por el contrario, la sentencia recurrida, valora que la solución adoptada es conforme al interés de la menor y lo hace teniendo en cuenta también el principio de proporcionalidad y las posibilidades de contribución de ambos progenitores al traslado de la niña.

La Audiencia, en primer lugar, explica ampliamente el sentido de las visitas como un derecho-deber, una función concebida en beneficio del menor, en la medida en que contribuye a un desarrollo del menor más íntegro que permite el mantenimiento de los lazos afectivos del menor con el progenitor con el que no convive, la sentencia acuerda un régimen de visitas «teniendo en cuenta las particulares circunstancias concurrentes derivadas de la distancia existente entre los domicilios de ambos progenitores». Añade que «no puede estimarse que la edad de la niña, 7 años, cuando se lleve a cabo el primer traslado al domicilio de su padre, suponga un obstáculo para el uso de este servicio ofertado con normalidad por todas las compañías aéreas que permite facilitar esa estancia de menores con ambos progenitores cuando estos residen en países distantes entre sí como es el caso».

En definitiva, la sentencia recurrida justifica motivadamente su decisión, al valorar las circunstancias del caso, como la distancia, la edad de la niña, la posibilidad de hacer uso de un servicio de las compañías aéreas, los periodos de vacaciones del padre y las vacaciones escolares de la niña. Acepta de este modo, aplicando el principio del interés superior del menor, la propuesta del padre, que alegaba la imposibilidad económica de asumir los gastos de traslado para ir a recoger a la niña, en la medida en que ello duplicaría su importe, así como la menor onerosidad de la contribución de la madre de trasladar a la niña para coger el avión, con el fin de facilitar, en interés de la menor, el derecho de visita.

Por tanto, por mucho que el criterio de la sentencia no coincida con el particular y subjetivo de la recurrente, no es contraria a la doctrina de la sala la sentencia que, a la hora de fijar el régimen de visitas cuando el padre reside en el extranjero, valora el interés de la menor y la contribución personal y económica a los desplazamientos por parte de ambos progenitores de forma equitativa.

CUARTO.- Procede por ello la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente, de conformidad con lo establecido en el 398 LEC.



FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Benita contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (sección 6.^a) de 26 de septiembre de 2016, dictada en rollo de apelación 348/2016, dimanante de los autos de juicio de divorcio n.º 396/2015 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Mieres. **2.º**- Confirmar la sentencia recurrida. **3.º**- Condenar a la recurrente al pago de las costas causadas por el presente recurso.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ