



Roj: **STS 3006/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3006**

Id Cendoj: **28079110012017100439**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2017**

Nº de Recurso: **3088/2016**

Nº de Resolución: **470/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 2176/2016,**
STS 3006/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 19 de julio de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección sexta de la Audiencia Provincial de Asturias, como consecuencia de autos de modificación de medidas en divorcio n.º 1018/2015 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Oviedo, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Fulgencio , representado ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña Patricia Gota Brey; siendo parte recurrida doña Olga , representada por la procuradora de los Tribunales doña Virginia Camacho Villar. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- La procuradora doña Laura Fernández Mijares Sánchez, en nombre y representación de doña Olga , interpuso demanda sobre modificación de medidas de divorcio, contra don Fulgencio 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 a doña Olga de la guarda y custodia de la hija del matrimonio Zaira , manteniendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

»2.-En cuanto al régimen de visitas:

»-Con carácter principal: suspensión del régimen de visitas a la niña por parte del padre don Fulgencio , dadas las graves circunstancias acontecidas.

»-Subsidiariamente, de acordar un régimen de visitas a favor del padre, D. Fulgencio ! debería circunscribirse a ver a la niña en Venezuela pero siempre en compañía de otra o otras personas, sin derecho a pernocta ,pudiendo visitarla durante un mes en el verano, de forma diaria, por espacio de 2 horas, previo aviso del padre a la madre con al menos 30 días de antelación del mes elegido para viajar a verla, y corriendo de cuenta del padre los gastos de viaje y alojamiento en Venezuela.

»-D. Fulgencio deberá abonar como pensión de alimentos a favor de su hija Zaira la cantidad de 180 euros mes, suma que deberá ingresar, por mensualidades anticipadas, durante los siete primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que doña Olga designe y que será actualizable anualmente conforme al IPC interanual, más la mitad de los gastos extraordinarios que el cuidado o educación de su hija generen, siempre que se



produzca previo acuerdo fehaciente de ambos progenitores, o, en su defecto con autorización judicial, salvo en supuestos de extrema urgencia».

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

3.º- La procuradora doña Patricia Gota Brey, en nombre y representación de don Fulgencio , contestó a la demanda y formuló reconvencción oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se desestime íntegramente la demanda planteada de adverso con expresa imposición de costas a la parte actora».

Por auto de fecha 17 de marzo de 2016 se inadmite a tramite la demanda reconvenccional formulada por la representación de don Fulgencio .

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 9 de Oviedo, dictó sentencia con fecha 10 de mayo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«que desestimando la demanda interpuesta por la representación de doña Olga contra don Fulgencio , no ha lugar a la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de modificación de medidas dictada por este Juzgado de fecha 17 de junio de 2015 y con imposición a la parte actora de las costas causadas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Olga . La Sección sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictó sentencia con fecha 22 de Julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMAR EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Fernández-Mijares Sánchez en nombre y representación de DÑA Olga contra la sentencia dictada el día 10 de mayo de 2016 por el juzgado de Primera instancia n.º 9 de Oviedo en los autos de modificación de medidas n.º 1018/2015, que se REVOCA, en el sentido de estimar la modificación de las medidas dictadas en la sentencia de 17 de junio de 2015 de modificación de medidas n.º 848/2013 en el sentido siguiente:

Atribuir a la madre doña. Olga la guarda y custodia de la hija menor Zaira , manteniendo la patria potestad compartida en ambos progenitores.

»Fijar un régimen de visitas a favor del padre consistente en todas las vacaciones escolares de verano de la menor, asumiendo los gastos de desplazamiento por mitad entre ambos progenitores.

»D. Fulgencio deberá abonar en concepto de pensión de alimentos a favor de su hija Zaira la cantidad de 180 euros al mes, cantidad que deberá ingresar por mensualidades anticipadas durante los siete primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que la esposa *designa* y que será actualizable conforme al IPC interanual, más la mitad de los gastos que el cuidado o la ecuación de la hija generen, siempre que se produzca previo acuerdo fehaciente de ambos progenitores, o, en un defecto, con autorización judicial, salvo en supuestos de extrema urgencia.

«y sin expresa imposición de las cotas de este recurso».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Fulgencio con apoyo en los siguientes: Motivos:

Primero.- Al amparo del ordinal al 4.º del artículo 469.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil por vulneración del artículo 1 del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980; vulneración de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 y del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Segundo.-Vulneración del artículo 218 de la misma Ley procedimental, en relación con los artículos 94 y 160 del Código Civil , por carecer la sentencia impugnada de motivación y valoración de la prueba.

También formuló recurso de casación basado en los siguientes Motivos.

Primero.- Infracción del art. 39 CE ; arts. 2.2 y 3 Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de Modificación del sistema de Protección a la infancia y a la Adolescencia, arts. 9 y 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950; Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, arts. 5 , 9.3 , 20 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada



por España en 1990 ; arts. 94 y 160 CC arts. 3.2 , 6 , 91 , 92 , 103 , 154 , 156 , 158 y 159, del Código Civil , que consagran el principio de interés del menor.

Segundo.- Infracción del art. 39 ; arts. 2.2 y 3 de la Ley Orgánica 8/2015, de Protección a la Infancia y Adolescencia ; arts. 8 y 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950; arts. 5 , 9.3 , 20 y 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España en 1990 ; arts. 94 y 160 CC .

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha uno de marzo de 2017 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Virginia Camacho Villar, en nombre y representación de doña Olga , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito apoyando el motivo segundo del recurso de casación, y oponiéndose a los dos motivos del recurso de infracción procesal y al primero de casación.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de julio de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son hechos que se van a tener en cuenta para resolver el recurso, los siguientes:

(i) Doña Olga y don Fulgencio están divorciados por sentencia de 3 de octubre de 2012 . En dicha sentencia se atribuyó a la esposa la custodia de la hija, Zaira , nacida el NUM000 de 2012, con un régimen de visitas a favor del padre y una pensión de alimentos a cargo de este por importe de 180 euros al mes, exigiendo el acuerdo de ambos progenitores o, en su defecto, la autorización judicial, para la salida de la niña al **extranjero**.

(ii) Consta que la madre se trasladó a Venezuela y que reside en dicho país desde el mes de julio del 2013 y, probablemente, desde diciembre de 2012 en que dejó de estar localizable.

(iii) En sentencia de 17 de junio de 2015 , se atribuyó al padre la guarda y custodia de la hija común, con régimen de visitas a favor de la madre y una pensión alimenticia a cargo de esta por importe de 180 euros al mes. Consta, dice la sentencia: «que la madre se trasladó a Venezuela y reside en dicho país, al menos desde el mes de julio de 2013 y probablemente desde el mes de diciembre de 2012 cuando deja de estar localizable. No ha sido posible el emplazamiento de la demandada en Venezuela por la incomparecencia de la interesada, pese a numerosas llamadas de teléfono, citaciones por telegrama y comunicaciones por correo electrónico. Así consta en el informe de fecha 05/02/2015 del Consulado de España en Venezuela. El padre ha instado un procedimiento sobre sustracción internacional de menores que se encuentra en trámite».

(iv) En dicho procedimiento la custodia de la menor se fundamentó en el hecho de que la madre había ejercido de forma inadecuada la guarda y custodia de la hija, impidiéndole la relación con su padre e incumpliendo el mandato judicial de prohibición de salida de España de la menor sin el consentimiento de ambos progenitores, estimando inadmisibles que el padre lleve sin ver a su hija más de dos años y medio, situación -se dice- que pone en evidencia que la madre no está capacitada para el ejercicio de una guarda responsable de su hija.

(v) El padre ha instado un procedimiento sobre sustracción internacional de menores basado en el Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 y que, por afirmación del propio interesado en el recurso, consta que se inició en junio de 2013.

(vi) La sentencia de la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación formulado contra la sentencia del juzgado, desestimatoria de la demanda, y atribuyó, en lo que aquí interesa, a la madre la guarda y custodia de la hija menor con un régimen de visitas a favor del padre consistente en todas las vacaciones escolares de verano de la menor, asumiendo los gastos de desplazamiento por mitad entre ambos progenitores.

Don Fulgencio ha formulado un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Se formulan dos motivos. El primero denuncia la vulneración del artículo 1 del Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de 25 de octubre de 1980, «por ignorar y quebrantar la finalidad del procedimiento iniciado», vulnerando igualmente los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, de mayo de 1969, y el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , además del artículo 24 de la Constitución Española .



Se desestima.

No se discute que la parte ahora recurrente instó el procedimiento de restitución internacional previsto en el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, porque así lo han reconocido ambas partes. Ahora bien, difícilmente puede vulnerar la sentencia la normativa que se cita en el motivo cuando no lo ha aplicado puesto que el procedimiento sobre la sustracción ha discurrido al margen de los escritos iniciales, así como del recurso de apelación, estando como estaba ya en curso.

La única referencia al Convenio que se dice infringido aparece en la sentencia del juzgado en la que se reconoce que existe un procedimiento en curso, nada más, salvo que doña Olga no asistió a la primera comparecencia en abril de 2006, ignorando lo sucedido en la segunda prevista para mayo de 2016, como también se ignora todo lo que se dice en el recurso, porque es novedoso, sobre el curso actual del procedimiento y de una demanda instada por la madre en Venezuela para la privación al padre de la patria potestad de la menor.

Lo único que se sabe es han transcurrido más de cuatro años desde que se inició el procedimiento por demanda del padre, y que este sigue al parecer en tramitación en contra de lo dispone el artículo 1.º a del Convenio sobre la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier estado Contratante.

Y si el recurrente considera que la Audiencia Provincial debió pronunciarse sobre esta y otras cuestiones o sobre las reglas hermenéuticas apropiadas para descubrir el «espíritu y finalidad» de la norma, debió solicitar la subsanación de la omisión de pronunciamiento por el cauce del art. 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, caso de no subsanarse, formular como motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la incongruencia omisiva, lo que no ha hecho, por lo que no puede en este recurso solicitar la aplicación de un Convenio Internacional sobre el que se carece de la más mínima información, y traer a colación, sin citarla, la doctrina de esta Sala expresada en la sentencia de 22 de junio de 1998, que nada tiene que ver con este caso en el que la guarda y custodia de la niña la ha tenido y la tenía la madre cuando se denunció la sustracción, y que es el padre, vigente el procedimiento, el que interesó y obtuvo la modificación de la medida de custodia; circunstancias todas ellas que no va a impedir que las autoridades centrales de Venezuela puedan dar la razón al padre sobre la restitución.

Lo único que hace la sentencia recurrida es resolver sobre la custodia con las pruebas a su alcance, conforme al interés de la menor, sin impedir con ello la tutela efectiva del padre puesto que la situación, antes y ahora, sigue siendo la misma, y ello en ningún caso propicia un resultado en fraude de Ley, en aplicación de los artículos 6-4 del Código Civil, y sobre todo del artículo 11- 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que también se cita en el motivo, trayendo nuevamente a colación la sentencia de esta sala de 22 de junio de 1998, sin citarla.

TERCERO.- También se desestima el segundo motivo formulado al amparo del artículo 218.2 de la LEC, en relación con los artículos 94 y 100 del CC, por carecer la sentencia de valoración sobre la prueba y de motivación suficiente.

La motivación contenida en la sentencia expresa y razona de forma clara cuáles son las circunstancias que tiene en cuenta para resolver como lo hizo atribuyendo a la madre la guarda y custodia de la hija menor, con un régimen de visitas y estancias en favor del padre, y lo único que hace el motivo es traer a colación aspectos que nada tienen que ver con la falta de motivación y si con el fondo del asunto, especialmente referido al derecho de la niña a mantener relaciones con ambos progenitores, propia del recurso de casación.

La motivación cumple una doble finalidad: la de exteriorizar el fundamento de la decisión adoptada, haciendo explícito que responde a una determinada interpretación del derecho, y la de permitir su eventual control jurisdiccional mediante el efectivo ejercicio de los recursos (sentencias 5 noviembre 1992, 20 febrero 1993, 26 julio 2002 y 18 noviembre 2003, 26 de noviembre 2012, entre muchas otras), y para evitar que el derecho a la tutela judicial efectiva sufra una lesión (sentencias de 14 abril 1999, 8 de octubre 2009, 7 de julio 2011, entre otras). Nada de ello se ha ignorado en la sentencia recurrida.

Recurso de casación.

CUARTO.- El primer motivo se formula por vulneración de la legislación nacional e internacional que consagra el principio de interés del menor, como principio de orden público, garantista de los derechos del menor y prioritaria en su aplicación en cualquier procedimiento y respeto de cualquier medida a adoptar con relación al menor. La aplicación de la equidad y la teoría de los actos realizados en fraude de ley, y la infracción de la doctrina jurisprudencial que cita.

Se desestima.

Esta Sala ha venido repitiendo que «la revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la



vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre», tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo , con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio . La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este » (STS 27 de abril 2012).

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 Juez ha valorado la prueba y ha considerado que lo más adecuado para la hija era dejarla bajo la custodia de la madre, como ya lo venía haciendo de derecho desde el año 2012 hasta el 2015, y, de hecho, desde entonces hasta ahora, aplicando la doctrina de dar prevalencia al interés del menor, de manera que no se vulnera la doctrina de esta Sala reseñada en el motivo, aplicándola a una base fáctica que es obviada por la recurrente, especialmente mediante la cita de la sentencia 823/2012, de 31 de enero de 2013 , dictada en la interpretación del artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en aplicación estricta del interés del menor, de un menor «perfectamente individualizado», como resuelve la sentencia.

Tomando en consideración ese principio del interés prevalente de la hija común, y atendidas las circunstancias concurrentes, dice la sentencia lo siguiente:

«...la menor, nacida en febrero de 2012, se encuentra con su madre en Venezuela desde principios de 2013 o finales del 2012, habiéndose producido el divorcio de los padres en el mes de octubre de 2012 a los pocos meses de nacer la niña, por lo que no puede conocer a su padre y ha mantenido apenas convivencia con el mismo, y que en Venezuela está escolarizada y cuenta con el apoyo de su familia materna, el mantener la guarda y custodia a favor del padre como se acordó en el procedimiento de modificación de medidas del año 2015, se ve contraproducente para el bienestar y estabilidad de la menor, y ello, sin dejar de reconocer que la actitud de la madre ausentándose del país en la forma que lo hizo pese a la prohibición que tenía de traslado al **extranjero** sin acuerdo o autorización judicial, privando al padre de la compañía de su hija no es lo más apropiado, estimamos aconsejable el cambio de la guarda y custodia a favor de la madre y modificar la situación de guarda y custodia paterna adoptada en la sentencia de modificación de medidas de fecha 17 de junio de 2015 ».

Es cierto que la madre ha trasladado su residencia y la de la hija a Venezuela sin sustento en un acuerdo con el padre o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, ni en una decisión judicial previa identificación de los bienes y derechos en conflicto puesto que lo ha hecho de forma unilateral. Y, como consecuencia de este cambio el padre interesó, y obtuvo en su momento, la modificación de la medida de custodia, que se argumenta más que en el interés del menor en el hecho del traslado y en el incumplimiento del mandato judicial, del que deduce un ejercicio inadecuado de la guarda de su hija por la madre y la incapacidad de esta para ejercer una guarda responsable de la misma.

Resolver conforme al interés del menor es lo que ha hecho la Audiencia valorando los únicos datos de que dispone como son el desconocimiento de la niña de la figura del padre, con el que no ha mantenido apenas convivencia, y el hecho de que está escolarizada en Venezuela y cuenta con el apoyo de su familia materna. Sin duda podían haberse puesto a disposición del tribunal unos datos más fiables sobre la situación de la niña, así como del padre y de la madre para asumir estos menesteres y resolver un problema, ya de por sí complejo dada la situación creada, en función de lo que resulte más favorable para su desarrollo físico, intelectual e integración social haciendo posible la relación con ambos progenitores pues solo de afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que son los que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia. Pero los datos son los que son y sin duda justifican en este momento la medida adoptada, sin que ello sirva de instrumento para consolidar la vía de hecho emprendida por la madre, pues siempre estará abierta su revisión al cambio de circunstancias que, en relación a madre e hija, es la misma desde el nacimiento de esta en el año 2012.

QUINTO.- El segundo motivo tiene que ver con el exiguo régimen de visitas que establece la sentencia recurrida a favor del padre, sin tener en cuenta ni valorar la distancia ni la situación de traslado impuesto por vía de hecho de la madre, a la vez que se le impone hacerse cargo de la mitad de los desplazamientos.

Se estima en parte.

La sentencia conoce y aplica la normativa que cita el motivo y reconoce, como no podía ser de otra forma, la primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, aplicable por tanto al régimen de visitas, como inspirador de las relaciones personales con los menores que ha de ser respetado por todos los poderes públicos, padres, familiares y ciudadanos y sobre todo por los juzgadores. En su vista adopta la medida que considera más adecuada a la edad y circunstancias de la menor, y lo argumenta de la siguiente forma:



«Los datos aportados al presente sobre la falta de capacidad del padre se circunscriben a un tratamiento de desintoxicación contra la heroína seguido por D. Fulgencio en el Hospital General de Asturias en el año 2012 o anterior; a un informe de valoración psiquiátrica del mismo fechado el 20 de septiembre de 2012 en donde se recoge sus antecedentes de consumo de sustancias psicoactivas en situación de remisión, en la valoración psicopatológica se indica que no hay alteraciones cognitivas, ni de tipo psicótico, el ánimo es autímico y la ansiedad se aprecia solo en relación a su pareja. También se aporta un informe de urgencias del CS de Llanes de 11 de noviembre de 2012 donde se constata a la exploración una mínima herida puntiforme, fisura en parte anterior del ano, sin desgarrar ni sangrado activo. No consta que respecto a esta lesión se haya seguido procedimiento penal alguno ni otras actuaciones.

»Como se observa por las fechas de los antecedentes citados, los hechos que se relatan en ellos son anteriores a la sentencia de divorcio y la dictada en apelación en la que se fijó un régimen de visitas a favor del padre, por lo que con tales antecedentes no hay razón para la suspensión interesada del régimen de visitas por riesgo para la menor en la estancia con el padre.

»Si bien, dada la realidad existente con la niña residiendo en Venezuela y el padre en España, el régimen de visitas se ha de acomodar a estas circunstancias, y para que la menor no pierda el necesario y deseable contacto con el padre, se acuerda como régimen de visitas para que la menor esté en compañía de su padre todas las vacaciones escolares de verano de la menor.

»Asumiendo los gastos de desplazamiento por mitad entre ambos progenitores, siguiendo el criterio establecido en tal sentido por el TS, entre otras, en sentencia de 19 de noviembre de 2015 en donde establece que: "Se ratifica como doctrina jurisprudencial que 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. 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"».

Lo que se plantea en el recurso tiene el inconveniente de que el padre no ha propuesto ninguna medida en relación al régimen de visitas y comunicaciones con su hija, en contemplación de la situación existente. La sentencia fija un régimen de visitas consistente en *la totalidad* de las vacaciones escolares de verano, con la duración y época del año en que tenga lugar en Venezuela, y ello no ha sido discutido por la esposa, lo que sin duda dará una mayor fluidez al contacto entre padre hija, que tiene cinco años y que ha vivido siempre con su madre.

Ha puesto, además, a cargo de ambos progenitores los gastos de desplazamiento por mitad, teniendo en cuenta la doctrina expresada en la sentencia de esta sala 664/2015, de 19 de noviembre ; medida que se considera proporcionada a las posibilidades de contribución de ambos progenitores al traslado de la niña, pues nada se indica sobre esta cuestión en el recurso, limitado a denunciar la vulneración por la sentencia de la doctrina sobre la proporcionalidad en situaciones extraordinarias como es la que resulta de un desplazamiento a larga distancia, sin precisar en qué forma se ha producido esta vulneración en atención a las especiales circunstancias de cada uno de los progenitores, que se ignoran.

Esta sala, por lo demás, desconoce cómo ha evolucionado la relación del padre con su hija desde que la sentencia se dicta -22 de julio 2016 - hasta que se resuelve este recurso. Será en ejecución de la sentencia donde se evaluará la pertinencia de una ampliación del régimen ya establecido, y no cuestionado, de la totalidad de las vacaciones escolares de la hija, en función de las circunstancias concurrentes en dicho momento, especialmente referidas a un progresivo acercamiento con la niña, que no conoce a su padre, adoptando en todo caso las cautelas que fueran necesarias.

El interés del menor, por lo demás, se halla protegido en el momento en que se comprueba que el padre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia, como señala la sentencia.

SEXTO.- Conforme al art. 398.2 LEC se imponen al recurrente las costas originadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no se hace especial pronunciamiento respecto de las causadas por el recurso de casación.



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 extraordinario por infracción procesal y estimar en parte el recurso de casación interpuesto por la representación legal de don Fulgencio , contra la sentencia dictada con fecha 22 de julio de 2016, por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, en el recurso de apelación núm. 314/2016 .
2.º- Casar la sentencia recurrida, únicamente en lo que se refiere al régimen de visitas y comunicaciones de don Fulgencio con su hija, en la forma que se establece en el Fundamento Jurídico 5.º de esta resolución. **3.º**- Imponer al recurrente las costas originadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no hacer especial pronunciamiento respecto de las causadas por el recurso de casación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ