

Roj: **STS 4923/2015 - ECLI:ES:TS:2015:4923**Id Cendoj: **28079110012015100645**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **19/11/2015**Nº de Recurso: **2724/2014**Nº de Resolución: **664/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 2054/2014,**
STS 4923/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre de dos mil quince.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia dictada en recurso de apelación, núm. 2949/2013, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de modificación de medidas, núm. 244/2011, del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sanlúcar la Mayor, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Antonio Iglesias Monroy, en nombre y representación de don Cosme, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña María Jesús Cezón Barahona en calidad de recurrente y la procuradora doña Montserrat Sorribes Calle, en nombre y representación de doña Marta, en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Antonio Iglesias Monroy, en nombre y representación de don Cosme, interpuso demanda de modificación de medidas matrimoniales contra doña Marta y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado «dicte Sentencia por la que, estimando la demanda, declare procedente la modificación de las medidas fijadas en la Sentencia de 15/12/2006 en el siguiente sentido:

1.- DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE COMUNICACIONES Y ESTANCIAS.- Se solicita se acuerde la atribución de la guarda y custodia al padre, cambio que se hará efectivo el día siguiente al de la notificación de la Sentencia, con entrega al padre de todos los enseres personales de la hija (ropa, libros, juegos, etc...), fijándose el domicilio de la menor en el de residencia del padre, sito en Sagunto (Valencia), AVENIDA000, NUM000 - NUM001 manteniendo la patria potestad compartida de ambos progenitores, con el siguiente régimen de comunicaciones y estancias:

Comunicaciones y estancias.

- La madre podrá estar en compañía de la menor un fin de semana de cada cuatro, comprensivo desde el viernes a la salida del centro de educación infantil o escolar, hasta el domingo a las 20:00 horas, en que habrá de ser reintegrada al domicilio del progenitor custodio. La visita siempre será confirmada por el progenitor no custodio al padre con al menos tres días de antelación y si por un motivo justificado la misma no puede realizarse en la fecha prevista, podrá ser trasladada a otro fin de semana, previo consenso con el progenitor custodio, y de no existir consenso al siguiente fin de semana.

- Si se diera la situación de "puente" o un festivo unido al fin de semana que le corresponda al progenitor no custodio, se ajustará dicha visita al "puente" o al festivo correspondiente.

Vacaciones.

- Las vacaciones escolares de Navidad, se disfrutarán por mitad y de forma alterna. A tal efecto, se distribuirán los festivos en dos períodos: el comprendido desde el día después del último lectivo escolar y hasta el 30 de diciembre y, el comprendido desde el 30 de diciembre y hasta el anterior al primer día lectivo escolar. La hora de recogida de la menor en el primer periodo será a las 10,00 horas y el de entrega en el último período será a las 20,00 horas. El día 30 de diciembre se producirá el intercambio de la menor entre los progenitores a las 10:00 horas.

- Las vacaciones de Semana Santa-Pascua y Fallas, se disfrutarán de forma alterna anual, comenzando su disfrute la primera anualidad a partir de la notificación de la sentencia, el padre y la segunda anualidad, la madre, y así sucesivamente. La hora de recogida de la menor será a las 10:00 horas y la hora de devolución será las 20:00 horas.

- Las vacaciones de verano, se disfrutarán por mitad y de forma alterna. A tal efecto, se dividirán en dos períodos que se repartirán de la siguiente manera: el primero el comprendido desde el día después del término del curso escolar y hasta el 31 de julio y el segundo el comprendido desde el 1 de agosto y hasta el día antes del inicio del curso escolar. La hora de recogida de la menor será a las 10:00 horas y la hora de devolución será las 20:00 horas.

La elección de los diferentes períodos vacacionales de Navidad y verano corresponderá al padre los años impares y a la madre los años pares. Dicha elección habrá de comunicarse por cualquier medio que permita dejar constancia de la notificación con al menos un mes de antelación al inicio efectivo del primer período vacacional.

Las recogidas y entregas de la menor serán en el domicilio paterno sito en Sagunto.

2.- PENSIÓN ALIMENTICIA. Se solicita se establezca como pensión alimenticia para la menor, a satisfacer por la madre al padre:

- La cantidad de CIENTO NOVENTA EUROS AL MES (190,00.-€/mes), cantidad que doña Marta ingresará los días 1 al 5 de cada mes, en la cuenta corriente o libreta de ahorros que a tal efecto se designe, y que se actualizará anualmente de acuerdo con las variaciones del IPC que señala el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

- Los progenitores satisfarán al 50% los gastos extraordinarios necesarios de la menor. En cuanto a los gastos extraordinarios no necesarios, se satisfarán al 50% siempre que exista acuerdo expreso en su realización.

SUBSIDIARIAMENTE y para el hipotético caso de mantener la custodia de la menor en manos de la madre, se solicita el siguiente régimen de comunicaciones y estancias a favor del padre.

Comunicaciones y estancias

- El padre podrá estar en compañía de la menor un fin de semana de cada cuatro, comprensivo desde el viernes a la salida del centro de educación infantil o escolar, hasta el domingo a las 20:00 horas, en que habrá de ser reintegrada al domicilio del progenitor custodio. La visita siempre será confirmada por el progenitor no custodio a la madre con al menos tres días de antelación y si por un motivo justificado la misma no puede realizarse en la fecha prevista, podrá ser trasladada a otro fin de semana, previo consenso con la progenitora custodia, y de no existir consenso al siguiente fin de semana.

- Si se diera la situación de "puente" o un festivo unido al fin de semana que le corresponda al progenitor no custodio, se ajustará dicha visita al "puente" o al festivo correspondiente.

Vacaciones.

- Las vacaciones escolares de Navidad, se disfrutarán por mitad y de forma alterna. A tal efecto, se distribuirán los festivos en dos períodos: el comprendido desde el día después del último lectivo escolar y hasta el 30 de diciembre y, el comprendido desde el 30 de diciembre y hasta el anterior al primer día lectivo escolar. La hora de recogida de la menor en el primer periodo será a las 10,00 horas y el de entrega en el último período será a las 20,00 horas. El día 30 de diciembre se producirá el intercambio de la menor entre los progenitores a las 10:00 horas.

- Las vacaciones de Semana Santa-Feria, se disfrutarán de forma alterna anual, comenzando su disfrute la primera anualidad a partir de la notificación de la Sentencia, el padre y la segunda anualidad, la madre, y así

sucesivamente. La hora de recogida de la menor será a las 10:00 horas y la hora de devolución será las 20:00 horas.

- Las vacaciones de verano, se disfrutarán por mitad y de forma alterna. A tal efecto, se dividirán en dos períodos que se repartirán de la siguiente manera: el primero, el comprendido desde el día después del término del curso escolar y hasta el 31 de julio y el segundo, el comprendido desde el 1 de agosto y hasta el día antes del inicio del curso escolar. La hora de recogida de la menor será a las 10:00 horas y la hora de devolución será las 20:00 horas.

La elección de los diferentes períodos vacacionales de Navidad y verano corresponderá al padre los años impares y a la madre los años pares. Dicha elección habrá de comunicarse por cualquier medio que permita dejar constancia de la notificación con al menos un mes de antelación al inicio efectivo del primer período vacacional.

Las recogidas y entregas de la menor serán en el domicilio paterno sito en Sagunto.

Fijándose como PENSIÓN ALIMENTICIA a satisfacer por el Sr. Cosme la cantidad de OCHENTA EUROS AL MES (80,00.-€/mes) en atención a sus actuales circunstancias económicas y las necesidades de la menor, cantidad que se actualizará anualmente de acuerdo con las variaciones del IPC que señala el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya».

2.- El Fiscal personándose en las actuaciones contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables solicitando al juzgado «se dicte sentencia conforme a lo alegado y probado en juicio, en la que se recojan cuantos pronunciamientos garanticen suficientemente los intereses y derechos del hijo menor, así como todos los que puedan derivarse del contenido del fallo».

3.- El procurador don Joaquín Ladrón de Guevara Izquierdo, en nombre y representación de doña Marta, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado «dicte en su día sentencia por la que recogiendo los argumentos alegados por esta representación, modifique las medidas en su día acordadas de conformidad con la propuesta expresada en el hecho quinto de este escrito». Y en el hecho quinto del escrito se expresa «QUINTO.- En cuanto a las Medidas solicitadas:

Esta parte se OPONE ROTUNDAMENTE a que la guarda y custodia de la menor se conceda al padre.

No hace falta extenderse más en este punto remitiéndonos a las explicaciones alegadas en este escrito hasta ahora.

El padre ni es responsable ni lo ha sido nunca como para cuidar una menor en régimen de guarda. Cuestión distinta es el régimen de visitas al que nunca esta parte se ha negado.

Es obvio que tras seis años en que ha compartido con él tres semanas, es impensable que puede ser favorable para la niña enviarla a residir con el padre al que prácticamente no conoce, a un municipio del que salió con meses de edad y separándola de la madre, de quien ejerce como padre y de la futura hermana que nacerá el próximo otoño.

Sólo el planteamiento de esta propuesta ya evidencia que el Sr. Cosme piensa únicamente en su interés, sin respetar para nada los sentimientos de la pequeña.

La pretensión por tanto de mi representada es:

(A) GUARDA Y CUSTODIA de la menor a favor de la madre

(B) PENSIÓN DE ALIMENTOS a cargo del padre de 319,33 €/mes actualizables cada anualidad con IPC de junio como venía siendo hasta ahora.

(C) ABONO DEL 50% de los GASTOS EXTRAORDINARIOS de la menor a cargo del padre, entendiéndose por tales los derivados de salud y educación no cubiertos por el sistema público de sanidad y enseñanza, así como todos aquellos que resulten imprevistos y necesarios.

(D) RÉGIMEN DE VISITAS DEL PADRE:

D.1.- Fines de semana: teniendo en cuenta la situación tan tensa que se ha creado últimamente respecto a las visitas del padre, esta parte entiende que a fin de que Ángeles pueda ir adaptándose pausadamente debería compartir con el padre un fin de semana cada trimestre.

Ese fin de semana comenzaría el viernes a la salida del colegio y debería volver al domicilio materno el domingo a las 20h.

La petición formulada por el actor de recogerla el viernes al mediodía y a la que esta parte no se opone, requiere que los desplazamientos los efectúe el padre, ya que mi mandante no puede disponer de los viernes por la tarde en períodos laborales normales. Sí el padre que como ya ha quedado expuesto es autónomo, lo que le permite mayor libertad horaria.

A fin de concretar al máximo la propuesta para evitar conflictos de interpretación y necesidad de comunicaciones constantes entre los progenitores, esta parte entiende que debería fijarse el fin de semana concreto, por ejemplo, el primero de cada trimestre.

Dicho régimen quedará en suspenso cuando coincida con los períodos vacacionales escolares, que atenderemos a lo propuesto más adelante.

Este régimen sería suficiente para mantener el contacto habitual con el padre, sin resultar agobiante para la niña.

Asimismo, debemos hacer constar que la madre no presentaría obstáculo alguno si el padre quisiera acudir también un fin de semana de los otros dos meses de cada trimestre siempre que la menor así lo desee también y manteniendo la pernocta en el domicilio materno. Para este caso también debería fijarse el fin de semana concreto (primero, segundo...del mes) dado que de no hacerse resulta imposible hacer planes familiares tanto por un progenitor como por el otro.

D.2.- Navidad: si atendemos la propuesta realizada de contrario, Ángeles pasará un día tan especial para los niños como el de Reyes viajando entre Valencia y Sevilla. Es por ello que esta parte propone compartir los días de vacaciones escolares entre ambos progenitores pero pasando con el padre los días comprendidos entre el 23 y 30 de diciembre y el resto con la madre.

D.3.- Semana Santa y Feria: la propuesta del actor comprende unas vacaciones escolares que no existen, son las referidas a la Feria.

En cuanto a la Semana Santa hay que tener en cuenta que son breves, tan sólo una semana que va del lunes al domingo. Dado el enorme arraigo cultural que dichas fechas y celebraciones tienen en el lugar de residencia de la menor, no debería contemplarse que siempre se halle ausente por lo que esta parte propone que cada año pase las vacaciones escolares de este período íntegramente con uno de los progenitores, correspondiendo a la madre los años pares y al padre los impares.

D.4.- Verano: la propuesta del actor va desde el día siguiente de comenzar las vacaciones escolares hasta el día de antes de iniciar el curso.

De hacerlo así, se perdería la fiesta de fin de curso que suele celebrarse el fin de semana siguiente a haber terminado las clases, y forzaríamos a volver justo el día de antes de iniciar el nuevo curso con los problemas que puede acarrear la falta de preparación de ropas, material, etc., así como la adaptación de nuevo a horarios de sueño más regulares que los habituales del verano.

Es por ello que esta parte propone que los períodos se repartan excluyendo los últimos días del mes de junio y los primeros de septiembre. Por tanto los períodos deberían comprender únicamente los meses de julio y agosto.

Asimismo, esta parte entiende que puede resultar negativo al menos el primer año que la menor pase 30 días consecutivos separada de la madre, por lo que proponemos que el período de un mes sea a partir de la segunda anualidad, fijándose únicamente 15 días para la primera.

Una vez superado el primer verano, esta parte propone que la madre elija el mes de vacaciones que va a pasar con Ángeles los años pares y el padre los impares. Dicha elección se comunicará al otro progenitor por conducto fehaciente y con fecha máxima el primer día del mes de mayo.

Todo cuanto se propone respecto a la reanudación del régimen de visitas de padre e hija se formula SALVO MEJOR CRITERIO DEL PERITO/s FORENSE PSICÓLOGO/s ADSCRITO A ESTE JUZGADO respecto del que esta parte solicitará en su momento PRUEBA PERICIAL para que determine la mejor manera en que deben reanudarse las visitas y otros extremos que se determinarán en el momento de solicitud de dicha prueba».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sanlúcar la Mayor se dictó sentencia, con fecha 23 de noviembre de 2012, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**.

Que **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda presentada por el Procurador D. Antonio Iglesias Monroy en nombre y representación de D. Cosme contra D.^a Marta, modificándose las medidas definitivas establecidas en la Sentencia de fecha 26 de julio de 2006 recaída en el proceso de Divorcio Autos 354/2006:

RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DEL PROGENITOR NO CUSTODIO: Se fija a favor de **D. Cosme** el régimen de visitas siguiente: un fin de semana de cada cuatro desde los viernes a la salida del colegio hasta las 20:00 horas del domingo en la que habrá de ser reintegrada en el domicilio materno. Este fin de semana será el primero de cada mes, salvo acuerdo entre las partes, y en caso de imposibilidad del progenitor no custodio pasará al fin de semana siguiente; Vacaciones por mitad con las siguientes períodos: Navidad, primer periodo, desde el último día lectivo escolar a la salida del colegio hasta el día 30 de diciembre a las 17 horas, segundo periodo, desde el 30 de diciembre a las 17 horas hasta el día 6 de enero a las 14 horas; Semana Santa, primer periodo, desde el último día lectivo escolar a la salida del colegio hasta 16 horas del Miércoles Santo, segundo periodo, desde las 16 horas del Miércoles Santo hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección; Verano, primer periodo desde las 11 horas del día 1 de julio a las 20 horas del día 31 de julio y el segundo desde las 20 horas del día 31 de julio a las 20 horas del 31 de agosto, se establecen otros dos períodos desde el día de fin del curso escolar a la salida del colegio hasta el día 30 de junio y desde el día 1 de septiembre hasta el día de reinicio del curso escolar; eligiendo el padre en los años impares y la madre en los años pares en caso de desacuerdo. El padre siempre recogerá y entregará a la hija en el domicilio materno, salvo cuando deba recogerla en el centro escolar.

Sin costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del actor la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó sentencia, con fecha 30 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS*

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Cosme contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia de Sanlúcar la Mayor con fecha 23 de noviembre de 2012 , debemos de revocar la misma única y exclusivamente en el sentido de que en cumplimiento del régimen de estancias, comunicación y visitas, el padre durante el fin de semana que le corresponda tendrá a la menor desde el viernes a la salida del colegio hasta las 20 horas del domingo o siguiente día hábil en caso de "puente" o festivo que la reintegrará en el domicilio materno, manteniendo en su integridad el resto de sus pronunciamientos y ello sin declaración expresa de las costas procesales devengadas en esta alzada.

TERCERO .- 1.- Por la representación procesal de **D. Cosme se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal** basado en los siguientes motivos:

Primero.- Infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso causante de indefensión en base al art. 469.1º.3º de la LEC , al haberse producido indefensión de hoy la recurrente, consistente, como se adujo al formular el recurso de apelación, el quebranto de los arts. 346 y 347 de la LEC .

Segundo.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española , fundamentado en el art. 469.1º.4º de la LEC , sobre la base de considerar que la decisión de mantener inalterada la pensión de alimentos resulta arbitraria e ilógica habida cuenta que, y sin perjuicio de la alteración de las circunstancias económicas del hoy recurrente, se ignora el incremento de los gastos que por razón de los traslados ha de realizar el progenitor no custodio para mantener las visitas establecidas.

Y se interpuso recurso de casación basado en el motivo:

Único.- Interés casacional por oponerse a la doctrina del Tribunal Supremo sentada en la sentencia núm. 289/2014, de la Sala de lo Civil , recurso 2710/2012, de 26 de mayo de 2014 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 3 de junio de 2015 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos y evacuado el traslado conferido la procuradora doña Montserrat Sorribes Calle, en nombre y representación de D.ª Marta , presentó escrito de oposición y el Fiscal se opuso al primer motivo de infracción procesal entendiendo que debería estimarse el recurso de casación cuyas cuestiones de fondo desarrolladas son referidas también en el segundo motivo de infracción procesal.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 11 de noviembre del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Cosme , hoy recurrente, interpuso demanda de modificación de medidas paterno-filiales motivada por el cambio de residencia de la demandada, Marta , desde la localidad de Puerto Sagunto (Valencia)

a la localidad de Benacazón (Sevilla), circunstancia que habría obstaculizado, según el demandante, el cumplimiento del régimen de visitas fijadas en el convenio regular, con Ángeles (nacida el NUM002 -2005).

Solicitaba, con carácter principal, la atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad habida durante el matrimonio con la demandada; y, subsidiariamente, el establecimiento de un régimen de visitas y estancias. En ambos casos interesaba que las entregas y recogidas se realizaran por la progenitora custodia en el domicilio del progenitor no custodio, como forma de restablecer el perjuicio ocasionado por la decisión unilateral del cambio de residencia, y la reducción de la pensión alimenticia.

La demandada se opuso.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, fijó un régimen de visitas más amplio y mantuvo la obligación del padre de recoger y entregar a la hija.

Contra la anterior sentencia, el demandante interpuso recurso de apelación, en el que interesaba la declaración de nulidad de la sentencia por la infracción de las normas esenciales del procedimiento en cuanto a la prueba pericial, al no haber podido someter al perito a una efectiva contradicción ni haberse ajustado a los términos de su proposición, y subsidiariamente solicitaba que se le atribuyese la guarda y custodia de la menor o se precisase el régimen de estancias y visitas establecido, así como las entregas y recogidas en la forma pretendida y se redujese la pensión de alimentos.

La Audiencia Provincial, por sentencia de 30 de junio de 2014, estimó parcialmente la demanda, únicamente en el sentido de precisar el régimen de estancias y comunicaciones de la menor con su padre.

La Audiencia Provincial rechaza la pretensión de nulidad. Indica que el informe del equipo psicosocial goza de objetividad, fiabilidad y razón de ciencia suficiente sobre los hechos controvertidos y cuestiones planteadas, que el demandante ha tenido la oportunidad de argumentar en el recurso interpuesto en defensa de sus derechos e intereses, que en el acto de la vista las partes cumplimentaron el trámite de conclusiones, y dicha prueba pericial fue propuesta por el actor como prueba anticipada, admitiéndose y practicándose la misma sin que conste que este último disintiera en cuanto a los términos en que debería practicarse.

La sentencia recurrida también rechaza la pretensión del apelante de que se le atribuya la guarda y custodia de la hija, entre otras razones, porque entiende que el cambio de residencia de la madre a la localidad de Benacazón (Sevilla) no puede ser determinante para el cambio de atribución pretendido; y no aprecia motivos para la modificación del sistema de entregas y recogidas, ni en cuanto a la financiación de los desplazamientos.

Por último, desestima también la pretensión de que se reduzca la pensión de alimentos al no constatar una alteración sustancial en la situación económica y laboral del apelante.

Contra la anterior sentencia la parte demandante y apelante en la instancia interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, este al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 LEC.

El recurso extraordinario por infracción procesal contiene dos motivos.

En el motivo primero, al amparo del art. 469.1.3º LEC, se denuncia la infracción de los arts. 346 y 347 LEC. Argumenta que la prueba pericial psicosocial fue admitida en la vista del juicio en los términos propuestos por esta parte; que es cierto que tuvo oportunidad de realizar conclusiones en el acto de la vista, pero la prueba pericial se practicó con posterioridad a la vista del juicio y no se ofreció trámite para alegaciones ni para someter a contradicción al perito informante, ni para solicitar la ampliación a los extremos sobre los que debía versar la prueba acordada (entiende que ello da lugar a la declaración de nulidad, sin perjuicio de que si la Sala lo considera oportuno, por economía procesal, se pueda ordenar la ampliación del informe en el trámite del recurso).

En el segundo motivo, al amparo del art. 469.1.4º LEC, se denuncia la infracción del art. 24 CE por la decisión de mantener inalterada la pensión de alimentos, al ignorar el incremento de los gastos que por razón de los traslados ha de realizar el progenitor no custodio para mantener las visitas con la periodicidad y régimen de entregas y recogidas establecidas.

En recurso de casación contiene un único motivo en el que denuncia la infracción de los arts. 39 CE y 92 CC, referidos al interés del menor, y arts. 90.c) y 91 CC, referidos al reparto equitativo de cargas, y alega la existencia de interés casacional por la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en la sentencia 289/2014, de 26 de mayo.

Argumenta que la sentencia recurrida, al mantener la obligación del progenitor no custodio, que reside en Valencia, de realizar personalmente las entregas y recogidas de la menor en la localidad de Benacazón, infringe la doctrina jurisprudencial que, en defecto de acuerdo, establece que:

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.

b) Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios 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.

El Ministerio Fiscal se opuso al primer motivo de infracción procesal entendiendo que debería estimarse el recurso de casación cuyas cuestiones de fondo desarrolladas son referidas también en el segundo motivo de infracción procesal.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

SEGUNDO .- *Motivo primero. Infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso causante de indefensión en base al art. 469.1º.3º de la LEC , al haberse producido indefensión de hoy la recurrente, consistente, como se adujo al formular el recurso de apelación, el quebranto de los arts. 346 y 347 de la LEC .*

Se desestima el motivo.

Alega el recurrente que no se le permitió someter a contradicción el informe pericial psicosocial.

Esta Sala debe declarar que la prueba fue solicitada por el ahora recurrente, como prueba anticipada y sin que solicitara que la misma se sometiera a contradicción en el acto de la vista, ni que propusiera el interrogatorio del experto.

Por ello, debemos declarar que el ahora recurrente no puede pretender la nulidad por ausencia de intervención del experto, que no solicitó (folio 251). De la misma manera, no concreta los aspectos que pudiera haber aclarado en el pretendido interrogatorio, extremo difícil de adivinar, dado que el informe fue favorable al recurrente, en lo esencial, de forma que la prueba no fue determinante del resultado del procedimiento, dado que el mantenimiento de la custodia en la persona de la madre se debió a que la misma la ostentaba desde tiempo atrás, de forma estable y satisfactoria, en base al convenio regulador que en su día suscribieron las partes (arts. 346 y 347 LEC).

TERCERO .- *Motivo segundo. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española , fundamentado en el art. 469.1º.4º de la LEC , sobre la base de considerar que la decisión de mantener inalterada la pensión de alimentos resulta arbitraria e ilógica habida cuenta que, y sin perjuicio de la alteración de las circunstancias económicas del hoy recurrente, se ignora el incremento de los gastos que por razón de los traslados ha de realizar el progenitor no custodio para mantener las visitas establecidas.*

Se desestima el motivo .

Se invoca error notorio en la valoración de la prueba al no tener en cuenta el incremento de gastos por razón de desplazamiento para ver a su hija, a la hora de fijar la pensión por alimentos. Plantea que cada fin de semana que acude a ver a su hija se desplaza 1.600.-km, con unos gastos aproximados de 550 euros.

Esta Sala declara que en la resolución recurrida se tiene en cuenta la capacidad económica del recurrente valorando las pruebas practicadas de forma que no puede declararse irrazonable, sin perjuicio de las consecuencias que se determinarán a la hora de valorar las posibles infracciones sustantivas al resolver el recurso de casación.

RECURSO DE CASACIÓN.

CUARTO .- *Motivo único. Interés casacional por oponerse a la doctrina del Tribunal Supremo sentada en la sentencia núm. 289/2014, de la Sala de lo Civil , recurso 2710/2012, de 26 de mayo de 2014 .*

Se estima el motivo .

El recurrente se apoya en la violación de los arts. 90 y 92 del C. Civil , en relación con el art. 39 de la Constitución , al no respetarse el interés del menor ni el reparto equitativo de cargas. Igualmente citó la sentencia de esta Sala de 26 de mayo de 2014, rec. 2710 de 2012 .

El recurrente entiende que al trasladarse la madre unilateralmente, con la menor, de Sagunto (Valencia) a Benacazón (Sevilla) ha incrementado notoriamente los gastos que el padre debe desembolsar para poder ver

a su hija, lo que va en perjuicio de la menor, al dificultar el contacto con el padre, pese a lo cual en la sentencia recurrida se determina que el padre debe recoger y retornar la menor con cargo a su propio patrimonio.

Esta Sala declaró en sentencia de 26 de mayo de 2014, rec. 2710 de 2012 :

Para ello esta Sala debe ajustarse a dos principios generales de ineludible observancia en esta materia.

- 1. El interés al menor, art. 39 Constitución y art. 92 Código Civil .*
- 2. El reparto equitativo de cargas, art. 90 c) y art. 91 del Código Civil .*

Es esencial que el sistema que se establezca no pierda de vista el interés del menor, de forma que no dificulte su relación con cada uno de los progenitores.

Por otro lado, es preciso un reparto equitativo de cargas, de forma que ambos progenitores sufraguen los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad del horario laboral, etc.

Para determinar el criterio que contribuya a clarificar la cuestión es preciso que se establezca un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación.

En base a ello la Sala declara 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:

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.

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 deberá conllevar una singularización de las medidas adoptables.

En el mismo sentido la sentencia de 11 de diciembre de 2014, rec 30/2014 ; sentencia de 20 de octubre de 2014, rec. 2680 de 2013 ; sentencia de 10 de septiembre de 2015, rec. 797 de 2014 y sentencia de 23 de septiembre de 2015, rec. 1420 de 2014 .

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que "se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares", se protegerá "la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas"; se ponderará "el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo"; "la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten..." y a que "la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara".

En las sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial se opta por cargar al padre con la recogida y retorno de la menor, sin ponderar el interés de la menor y el reparto equitativo de cargas, por lo que casamos la sentencia recurrida y en virtud de ello asumimos la instancia.

Consta acreditado que el padre trabaja como masajista deportivo, mientras que la madre es licenciada en psicología y convive con otra pareja. Por tanto, uno tiene medios económicos suficientes y ella tiene formación universitaria como para optar a trabajo dependiente o autónomo, el cual ha desarrollado en alguna ocasión, por lo que de acuerdo con la jurisprudencia citada, el padre deberá recoger a la hija en el centro escolar y será la madre quién irá a por ella al domicilio paterno (o lugar que se establezca en ejecución de sentencia) cuando concluya el régimen de visitas o estancia, todo ello sin perjuicio del deseable acuerdo de las partes en tanto no viole el interés de la menor.

De la misma manera podrán optar por que el viaje se haga en la línea de tren AVE existente entre Valencia y Sevilla, usando servicio de acompañante de menores, de forma que el padre abonará el billete de la menor de Sevilla a Valencia y la madre el de Valencia a Sevilla, con lo que le evitan a la menor el desplazamiento de 1400,8.-km en automóvil o autobús, de ida y vuelta.

QUINTO .- 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: 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.

SEXTO .- Se imponen al recurrente las costas derivadas del recurso extraordinario por infracción procesal y no se produce expreso pronunciamiento en las costas de la casación, cuyo depósito habrá de devolverse (arts. 394 y 398 LEC).

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Cosme , representada por la Procuradora D.ª María Jesús Cezón Barahona, contra sentencia de 30 de junio de 2014 de la Sección segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla .

2. CASAR PARCIALMENTE la sentencia recurrida en el sentido de que el padre deberá recoger a la hija en el centro escolar (Benacazón) y será la madre quién irá a por ella al domicilio paterno (o lugar que se establezca en ejecución de sentencia) (puerto de Sagunto) cuando concluya el régimen de visitas o estancia, todo ello sin perjuicio del deseable acuerdo de las partes en tanto no viole el interés de la menor.

De la misma manera podrán optar por que el viaje se haga en la línea de tren AVE existente entre Valencia y Sevilla, usando servicio de acompañante de menores de la red de ferrocarriles, de forma que el padre abonará el billete de la menor de Sevilla a Valencia y la madre el de Valencia a Sevilla.

3. 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: 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.

4. Procede imposición en las costas del recurso extraordinario por infracción procesal al recurrente.

No procede expresa imposición de costas en la casación, cuyo depósito habrá de devolverse.

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

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