



Roj: **STS 4493/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4493**

Id Cendoj: **28079110012017100640**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2017**

Nº de Recurso: **275/2017**

Nº de Resolución: **676/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 275/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 676/2017

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 15 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 147/2016, de la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, dimanante de autos de juicio de divorcio 7/2015, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de La Coruña; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Benito, representado en las instancias por la procuradora Dña. Ángeles González González, bajo la dirección letrada de D. Gustavo Galán Abad, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Andrea, representado por la procuradora Dña. María Victoria Pérez-Mulet y Díez Picazo, bajo la dirección letrada de D. José María Argente Aparicio y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Andrea, representada por el procurador D. Luis Sánchez González y bajo la dirección de la letrada Dña. Carmen Alarcón Prieto, interpuso demanda de juicio de divorcio contra D. Benito y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que, estimando la demanda interpuesta por esta parte, se acuerde el divorcio del matrimonio formado por doña Andrea y don Benito con la adopción de las siguientes medidas:



»1) Guarda y custodia de la hija Francisca : Deberá adjudicarse a la madre, sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad sobre la menor por ambos progenitores.

»2) Régimen de visitas a favor del padre, en caso de que éste lo solicite:

»Dada la cortísima edad de la hija. 4 meses en el momento de interponer la demanda, que todavía es lactante y que la demandante se ha visto obligada a trasladarse a vivir a Valencia con su hija, el padre la podrá visitar en Valencia dos veces al mes y previo aviso a la madre con al menos una semana de antelación.

»3) Uso del domicilio familiar, corresponderá al padre.

»4) Alimentos para la hija común, Francisca .

»Que se fije la obligación de don Benito de contribuir en concepto de alimentos para su hija Francisca , con la cantidad de 600.-€.

»Esta cantidad deberá ingresarla dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe doña Andrea y se actualizará anualmente conforme al incremento que experimente el IPC publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

»Además deberá abonar el 50% de los gastos de libros y material escolar de principio del curso y los gastos médico-farmacéuticos no cubiertos por la seguridad social, además el 50% de los gastos extraordinarios que se adopten de común acuerdo o cuya necesidad se acredite».

La demanda tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de la Coruña registrándose con el núm. 1517/2014 y, posteriormente, la procuradora de la demandante presentó escrito manifestando la incoación de las diligencias previas 1259/2014 en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de la Coruña por denuncia de agresión contra D. Benito solicitando la inhibición a dicho juzgado del procedimiento de divorcio, inhibición que se acuerda por auto de fecha 19 de enero de 2015.

El Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de la Coruña admite la inhibición en decreto de 4 de febrero de 2015, incoando el divorcio contencioso 7/2015, admitiendo a trámite la demanda emplazando a las partes y uniendo a las actuaciones testimonio del auto de medidas civiles con orden de protección de 19 de diciembre de 2014 dictado en las diligencias previas 1259/2014, y por auto del mismo 4 de febrero acuerda la prórroga de dichas medidas civiles durante la tramitación del divorcio y hasta que no recaiga sentencia definitiva.

2.- El fiscal contesta a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estima convenientes solicitando:

«Se dicte la correspondiente sentencia acorde con el resultado de la prueba practicada en su momento».

3.- Se une a los autos el procedimiento de divorcio contencioso 1404/2014 que se remite del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de la Coruña por inhibición, y que se había incoado en virtud de demanda de divorcio presentada por D. Benito , representado por la procuradora Dña. Ángeles González González y bajo la dirección técnica del letrado D. Ignacio Bermúdez de Castro Olavide, siendo demandada Dña. Andrea ; en esta demanda tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que se estiman aplicables se suplica al juzgado se dicte sentencia:

«En cuya virtud se declare:

»1) La disolución matrimonial de los cónyuges.

»2) La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, sita en la c/ DIRECCION000 núm. NUM000 , NUM001 de A Coruña, a favor del demandante.

»3) Se acuerde atribuir la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, Francisca , a favor de la madre, Dña. Andrea .

»4) Se acuerde establecer un régimen de visitas a favor del padre consistente en:

»a. Todos los puentes.

»b. La mitad de las vacaciones de Navidad, teniendo en cuenta las vacaciones laborales del padre.

»c. La mitad de las vacaciones de verano teniendo en cuenta las vacaciones laborales del padre.

»5) Se acuerde fijar la obligación a cargo del Sr. Benito de abonar en concepto de pensión alimenticia a favor de su hija la suma mensual de 150.-€.

»6) Se acuerde que los gastos extraordinarios generados por la menor Francisca serán asumidos por mitad, siempre y cuando sean consensuados.

»Y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada».

En dichas actuaciones del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 10 de A Coruña consta la contestación del fiscal en la que solicita al juzgado que se dicte sentencia:

«Que sea pertinente en atención a los hechos que resultaren probados y, en el caso de acordarse la separación/ el divorcio, se resuelva sobre:

»1.- Determinación de la persona o institución a cuyo cuidado hayan de quedar la hija sujeta a la patria potestad de ambos progenitores.

»2.- Régimen de visitas, comunicación y estancia de la hija con el progenitor no custodio.

»3.- Mantenimiento o privación de la patria potestad, según el resultado de la prueba.

»4.- Pensión que deben aportarse por cada progenitor para atender a las necesidades de alimentación y educación de la hija; bases de actualización y garantías que deben prestarse para asegurarla.

»5.- Atribución, si procede, del uso de la vivienda conyugal y de los objetos de uso ordinario a la hija y al progenitor en cuya compañía quede».

Por providencia de fecha 28 de febrero de 2015, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de La Coruña acepta la inhibición registrándose como divorcio contencioso 22/2015, donde posteriormente se une la contestación a la demanda de divorcio presentada por la demandada Dña. Andrea, representada por D. Luis Sánchez González y bajo la dirección letrada de Dña. Carmen Alarcón Prieto, en cuyo suplico se solicita se dicte sentencia por la que se acuerde:

«La adopción de las siguientes medidas:

»Guarda y custodia y patria-potestad de la común Francisca: Atendiendo al beneficio e interés del menor y teniendo en cuenta su edad y que es la madre la que se ha encargado y se encarga en exclusiva de su cuidado y porque además así lo interesa el Sr. Benito en su demanda, la guarda y custodia debe adjudicarse a la madre.

»La patria potestad sea compartida por ambos progenitores.

»El régimen de visitas de la menor con su padre:

»Dada la corta edad de la hija, 6 meses en estos momentos, y la distancia entre los domicilios (A Coruña-Valencia), se estima adecuado el régimen acordado provisionalmente por auto de medidas cautelares de 19 de diciembre de 2014 dictado por el Juzgado de Violencia:

»Dos horas los sábados y domingos alternos, con la obligación de preavisar a la madre con 15 días de antelación.

»Uso del domicilio familiar: Corresponderá al Sr. Benito tal y como solicita en su demanda, al haberse trasladado la Sra. Andrea y su hija fuera de esta ciudad.

»Alimentos a cargo del padre. Don Benito contribuirá en concepto de alimentos para su hija con la cantidad de 600.-€ mensuales.

»Esta cantidad deberá ingresarla dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe doña Andrea y se actualizará anualmente conforme al incremento que experimente el IPC publicado por el INE u Organismo que lo sustituya.

»Además deberá abonar el 50% de los gastos de libros, material escolar y, en su caso, uniformes, de principio de curso y de los gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social; además del 50% de los gastos extraordinarios de la menor que se adopten de común acuerdo y cuya necesidad se acredite».

Por auto de fecha 7 de abril de 2015 se acuerda la acumulación del divorcio contencioso 22/2015 al divorcio contencioso 7/2015 ambos del mismo juzgado para su sustanciación en un mismo procedimiento y su decisión en una misma sentencia, continuando la tramitación y diligencias pendientes en el contencioso 7/2015.

4.- El demandado D. Benito, contestó a la demanda interpuesta de contrario y que dio lugar al contencioso 7/2015, actuando el mismo procurador y abogado reseñados anteriormente, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se acuerde:



- »1.- La atribución de la guarda y custodia .de la menor, Francisca , a favor de Don Benito , acordándose el régimen de visitas a favor de Doña Andrea descrito en el punto 2, patria potestad conjunta.
- »2.- En caso de no atribuir dicha guarda y custodia al Sr. Benito , se acuerde un régimen de visitas a favor de Don Benito consistente en:
- »Hasta los dos años de edad de Francisca :
- »a) Fines de semana: La menor estará en compañía del padre el primer fin de semana de cada mes del año. El sábado desde las 12:00 hrs. hasta las 20:00 hrs. y el domingo desde las 12:00 hrs. hasta las 18:00 hrs.. En el caso de que cualquier primer fin de semana de mes Francisca esté con la madre por razón de este calendario de visitas se cambiará por el siguiente fin de semana.
- »b) Navidad: teniendo en cuenta las vacaciones laborables del padre, se dividirán las vacaciones escolares de la comunidad autónoma donde resida la menor en dos períodos iguales, siendo el primer período desde las 12:00 hrs. del día siguiente al primer día de vacaciones escolares hasta las 12:00 hrs. del 31 de diciembre, y el segundo período desde las 12:00 hrs. del 31 de diciembre hasta las 18:00 hrs. del día anterior al inicio de las clases.
- »Los periodos serán disfrutados alternativamente entre ambos progenitores, el padre podrá estar en compañía de su hija el primer periodo en los años impares y la madre en los años pares.
- »c) Semana Santa: teniendo en cuenta las vacaciones laborables del padre, se dividirán las vacaciones escolares de la comunidad autónoma donde resida la menor en dos períodos iguales, siendo el primer período desde las 12:00 hrs. del día siguiente al primer día de vacaciones escolares hasta las 12.00 hrs. del día que divida en 2 períodos iguales ambos períodos, y el segundo período desde las 12:00 hrs. del día que divida ambos períodos hasta las 18:00 hrs. del día anterior al inicio de las clases. Los períodos serán disfrutados alternativamente entre ambos progenitores, el padre podrá estar en compañía de su hija el primer período en los años impares y la madre en los años pares.
- »d) Vacaciones estivales: teniendo en cuenta las vacaciones laborables del padre, se dividirán las vacaciones escolares de la comunidad autónoma donde resida la menor en dos períodos iguales, siendo el primer período desde las 12:00 hrs. del día siguiente al primer día de vacaciones escolares hasta las 12:00 hrs. del día que divida en 2 períodos iguales ambos períodos, y el segundo período desde las 12:00 hrs. del día que divida en 2 períodos iguales ambos períodos hasta las 18:00 hrs. del día anterior al inicio de las clases. Los períodos serán disfrutados alternativamente entre ambos progenitores, el padre podrá estar en compañía de su hija el primer período en los años impares y la madre en los años pares.
- »- Desde los dos años de edad de Francisca :
- »a) Fines de semana: un fin de semana de cada tres. Con pernocta, desde las 12:00 hrs. del sábado hasta las 18:00 hrs. del domingo.
- »En el caso de que cada uno de estos fines de semana la menor se encuentre con la madre por razón de este régimen de visitas se cambian por el siguiente fin de semana.
- »b) Puentes: todos los puentes coincidentes de la comunidad autónoma donde resida el padre, actualmente la Comunidad de Madrid, y de la comunidad autónoma donde resida la menor, actualmente la Comunidad de Valencia, con pernocta, desde las 12:00 hrs. del primer día festivo hasta las 18:00 hrs. del último día festivo. En el caso de que el festivo no sea un viernes o un lunes, si no un martes, un miércoles o un jueves, unirse al fin de semana más próximo, teniendo en cuenta las vacaciones laborables del padre.
- »c) Fechas señaladas: Teniendo en cuenta las vacaciones laborables del padre.
- »1) Día de Reyes (6 de enero): mínimo de 2 hrs. para la celebración y entrega de los regalos. Proponiendo de 16:00 hrs. a 18:00 hrs.. Hasta que la menor cumpla los 10 años.
- »2) Día del cumpleaños y del Santo de Francisca (ambos el NUM003): mínimo de 2 hrs. para la celebración y entrega de los regalos. Día no festivo escolar: desde la salida del colegio. Día festivo escolar: de 12:00 hrs. a 14:00 hrs. ó de 16:00 hrs. a 18:00 hrs..
- »3) Día del cumpleaños del padre (NUM002): a partir de los 10 años de Francisca , el sábado posterior al NUM002 de cada año desde las 12:00 hrs. hasta las 18:00 hrs..
- »d) Navidad: Teniendo en cuenta las vacaciones laborables del padre, se dividirán las vacaciones escolares de la comunidad autónoma donde resida la menor en dos períodos iguales, siendo el primer período desde las 12:00 hrs. del día siguiente al primer día de vacaciones escolares hasta las 12:00 hrs. del 31 de diciembre, y el segundo período desde las 12:00 hrs. del 31 de diciembre hasta las 18:00 hrs. del día anterior al inicio de



las clases. Los períodos serán disfrutados alternativamente entre ambos progenitores, el padre podrá estar en compañía de su hija el primer período en los años impares y la madre en los años pares.

»e) Semana Santa: Teniendo en cuenta las vacaciones laborables del padre, se dividirán las vacaciones escolares de la comunidad autónoma donde resida la menor en dos períodos iguales, siendo el primer período desde las 12:00 hrs. del día siguiente al primer día de vacaciones escolares hasta las 12:00 hrs. del día que divida ambos períodos, y el segundo período desde las 12:00 hrs. del día que divida ambos períodos hasta las 18:00 hrs. del día anterior al inicio de las clases. Los períodos serán disfrutados alternativamente entre ambos progenitores, el padre podrá estar en compañía de su hija el primer período en los años impares y la madre en los años pares.

»1) Vacaciones estivales: teniendo en cuenta las vacaciones laborables del padre, dividiendo las vacaciones escolares de la comunidad autónoma donde resida la menor en 2 períodos iguales, siendo el primer período desde las 12:00 hrs. del día siguiente al primer día de vacaciones escolares hasta las 12:00 hrs. del día que divida en 2 períodos iguales ambos períodos, y el segundo período desde las 12:00 hrs. del día que divida en 2 períodos iguales ambos períodos hasta las 18:00 hrs. del día anterior al inicio de las clases. Los períodos serán disfrutados alternativamente entre ambos progenitores, el padre podrá estar en compañía de su hija el primer período en los años impares y la madre en los años pares.

»9) Comunicación telefónica: cuantas veces lo considere necesario el padre a fin de favorecer la relación paterno-filial.

»h) Fallecimiento del padre: en este caso, que la familia paterna de la menor, tanto abuelos, tíos, primos, hermanastros, etc, puedan disfrutar de un calendario de visitas adecuado para favorecer su relación.

»3.- Los intercambios se realicen en la ciudad de Valencia, en un punto de encuentro familiar (el del Ayuntamiento sito en la Calle Pintor Genaro Lahuerta, s/n), toda vez que el Sr. Benito no dispone de coche, lo que le obliga a viajar en transporte público, dándose la circunstancia de que éste no llega hasta el domicilio de los padres de la Sra. Andrea sito en el pueblo de Masalavés, a unos 40 km de la ciudad de Valencia.

»4.- En consecuencia, peticionamos, en base a los artículos 90 y 91 del Código Civil, así como a la última jurisprudencia del Alto Tribunal, que las cargas de los desplazamientos sean equitativas, esto es, que la Sra. Andrea retome a la menor al domicilio paterno sito en Madrid, en las visitas de Navidad, Semana Santa y Verano.

»5.- Se acuerde fijar a cargo del Sr. Benito una pensión de alimentos por importe de 100.-€ mensuales, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que sufra el IPC o índice equivalente.

»6.- Se acuerde que los gastos extraordinarios generados por la menor sean asumidos por ambos progenitores al 50% siempre y cuando sean previamente consensuados y justificados, entendiéndose por gastos extraordinarios, los gastos de tal naturaleza, educativos y sanitarios, siempre y cuando éstos últimos no estén cubiertos por la Seguridad Social o seguro médico privado contratado por cualquiera de los progenitores.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la adversa».

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de la Coruña se dictó sentencia, con fecha 7 de diciembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Declaro disuelto, por causa de divorcio, el matrimonio que estaba formado por Dña. Andrea y D. Benito .

»Declaro disuelto, igualmente, su régimen económico matrimonial.

»Practíquese la anotación oportuna en el Registro Civil.

»La nueva situación se regulará con las siguientes medidas:

»- La patria potestad de la hija común menor de edad, Francisca, continuará compartida ejerciendo su madre la custodia.

»- El padre, quien quedará en el uso del domicilio que fue familiar, abonará a la madre, dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta corriente que ella señale, la cantidad de 450 euros como contribución a los alimentos de la menor. Esta cantidad se actualizará anualmente según el IPC. Además sufragará el 50% de los gastos extraordinarios.

»- El padre estará en compañía de la menor, a salvo otros acuerdos con la madre, de la siguiente manera:



»- Hasta que cumpla los cuatro años de edad, cuatro horas los sábados y domingos o días festivos siempre que preavise a la madre con 15 días. Eso sí, los fines de semana no serán más de tres al mes y en el caso de festivos señalados, como son en Navidad y Semana Santa, no podrá disfrutar de todos ellos. Por ejemplo, si estuviera con la niña en Nochebuena y Navidad, no podría estar en fin de año y año nuevo, si estuviera con la niña Jueves Santo y Viernes Santo, no podría estar en fin de semana siguiente. Todo ello, reitero, en defecto de otros pactos.

»- Una vez que la niña cumpla los cuatro años:

»1. Fines de semana alternos desde las 18 horas del viernes hasta 18 horas del domingo.

»2. Primeras quincenas de los meses de julio y agosto en los años pares, segundas quincenas de los mismos meses en los años impares, desde las 11 horas del primero de los días hasta las 19 horas del último.

»3. En Navidad desde las 11 horas del día de inicio de la vacación escolar hasta las 19 horas del día 30 de diciembre, en los años pares, desde las 11 horas del día 31 de diciembre hasta las 19 horas del día anterior al reinicio del curso escolar, los años impares.

»4. En Semana Santa desde las 11 horas del día de inicio de la vacación escolar hasta las 19 horas del miércoles siguiente, en los años pares, desde las 11 horas del Jueves Santo hasta las 19 horas del día anterior al reinicio del curso escolar, en los años impares.

»- Las entregas y recogidas de la menor se realizarán en su domicilio a través de tercera persona entre tanto exista una medida cautelar o pena de alejamiento.

»- Los gastos de los viajes correrán a cargo del padre.

»Sin que haya lugar a otros pronunciamientos y sin imposición de costas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ambas partes, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia, con fecha 3 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo:

»Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Sra. Andrea .

»Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. Benito contra la sentencia dictada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer de A Coruña, en el sentido de que la cantidad a abonar en concepto de pensión de alimentos se fija en la cantidad de 350 euros y que los sábados y domingos que tengan lugar las visitas, hasta que la menor cumpla los cuatro años, se desarrollarán en horario desde las 12:00 hasta las 18:00 horas. Se mantienen el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

»No se imponen las costas en la alzada».

TERCERO.- 1.- Por D. Benito se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC, denunciando la aplicación incorrecta del Principio de Protección de Interés del Menor. Infracción del art. 94 y 160 del Código Civil, así como de los arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1196, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa, art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea Gral. de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, art. 39 de la CE, al oponerse la sentencia, a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida entre otras, en las siguientes sentencias: TS Sala 1.ª de 28 de septiembre de 2016, de 20 de septiembre de 2009 y de 14 de octubre de 2014.

Motivo segundo.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC, denunciando la aplicación incorrecta del principio de protección de interés del menor. Infracción del art. 39 de la CE y art. 92 del Código Civil y del reparto equitativo de la carga arts. 90 y 91 del Código Civil, al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenidas entre otras en las siguientes sentencias: TS Sala 1.ª de 26 de mayo de 2014, de 19 de noviembre de 2014, de 19 de noviembre de 2015 y de 23 de septiembre de 2015.

Motivo tercero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC, denunciando la infracción del art. 146 CC. Presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, sentencias del TS Sala 1.ª de 12 de febrero de 2015 y de 10 de julio de 2015.



Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de julio de 2017, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el fiscal presentó sus alegaciones oponiéndose a todos y cada uno de los motivos expuestos en la casación, asimismo la procuradora Dña. Victoria Pérez-Mulet, en nombre y representación de Dña. Andrea, presentó escrito de oposición al recurso aportando documental con el mismo.

3.- De la documental aportada por el recurrido en su oposición al recurso se dio término al recurrente y al fiscal; ambos hicieron las alegaciones que estimaron oportunas.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 21 de noviembre de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes .

Suscitado entre las partes juicio de divorcio contencioso, la sentencia dictada en primera instancia que otorga la guarda y custodia de la hija menor común a la madre, que se fue con la menor a Valencia, fija un régimen de visitas para el padre en dos fases, la primero hasta que la menor cumpla 4 años de sábados y domingos, sin pernocta, no más de tres fines de semana al mes y avisando con 15 días de antelación a la madre, (con entregas y recogidas con intervención de un tercero mientras subsista alejamiento por orden de protección) y una vez que la menor cumpla cuatro años, los fines de semana alternos desde el viernes por la tarde al domingo por la tarde. Fija alimentos a cargo del padre por 450 euros mensuales.

Interpuesto recurso de apelación, la sentencia dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.ª, limita el horario de las visitas de los sábados y domingos de 12 a 18 horas y teniendo en cuenta que el padre asume los gastos de desplazamiento reduce la cuantía de los alimentos a 350 euros mensuales.

Interpone recurso de casación el Sr. Benito al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC y se estructura en tres motivos:

El motivo primero por aplicación incorrecta del principio de interés del menor, en el que denuncia:

«[...] Infracción del artículo 94 y 160 del Código civil, así como de los artículos 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, que contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa, artículo 9.3 de la Convención sobre Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, artículo 39 de la CE, al oponerse la sentencia a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida entre otras en las siguientes sentencias: TS Sala 1ª de 28 de septiembre de 2016; sentencia TS Sala 1ª 20 / 9/2009; sentencia TS Sala 1ª de 14/10/2014 .».

El motivo segundo por aplicación incorrecta del principio de interés del menor, en el que denuncia:

«[...] Infracción del artículo 39 de la CE y artículo 92 del Código Civil y del reparto equitativo de las cargas artículo 90 y 91 del Código Civil, al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenidas entre otras en las siguientes sentencias: TS Sala 1ª de 26 de mayo de 2014, 19 de noviembre de 2014, 19 de noviembre de 2015 y 23 de septiembre de 2015 .».

El motivo tercero por:

«[...] infracción del artículo 146 del Código Civil. Presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC, pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, sentencias del TS Sala 1ª de 12 de febrero de 2015; sentencia TS Sala 1ª de 10 de julio de 2015 ».

El recurrente combate en casación el aumento de la cuantía de los alimentos, con base a prueba aportada en segunda instancia.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso de casación.

SEGUNDO .- Prueba documental .

Procede admitir como pruebas las aportadas en fase de casación por la recurrida, al tratarse de sentencia por una condena firme por delito de malos tratos y del señalamiento de juicio por quebrantamiento de medida cautelar, fijado para el 14 de noviembre de 2017, de acuerdo con el art. 271 LEC.

**TERCERO.- Hechos no controvertidos .**

1.- La menor Francisca nació el NUM003 de 2014.

2.- La Sra. Andrea se trasladó a Valencia con la niña, al residir en dicha provincia sus padres.

3.- Antes del traslado, el que fue su esposo (Sr. Benito) incurrió en delito de malos tratos a su esposa por el que fue condenado en sentencia que fue confirmada por la de 30 de noviembre de 2016 de la sección primera de la AP de Coruña, en relación con hechos acaecidos el 17 de diciembre de 2014. Entre otras penas se impuso la de prohibición de acercamiento por un año de la que fue su esposa.

CUARTO .- Motivo primero.

Motivo primero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el n.º 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la aplicación incorrecta del Principio de Protección de Interés del Menor. Infracción del art. 94 y 160 del Código Civil , así como de los arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1196, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , que contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa, art. 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea Gral. de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 , art. 39 de la CE , al oponerse la sentencia, a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida entre otras, en las siguientes sentencias: TS Sala 1.ª de 28 de septiembre de 2016 ; sentencia TS Sala 1.ª de 20 de septiembre de 2009 ; sentencia TS, Sala 1.ª de 14 de octubre de 2014 .

Se alega que al fijarse por la Audiencia Provincial un régimen de visitas más amplio, pero reducido a dos tardes (sábados y domingos) de 12 a 18 hrs., sin pernocta, se está perjudicando el interés de la menor, consistente en una relación fluida con el padre.

QUINTO .- Decisión de la sala. Derecho de visita.

Se desestima el motivo.

De acuerdo con los arts. 94 y 160 del C. Civil , art. 3 de la LO 1/1996 y art. 9.3 de la Convención sobre Derechos del Niño, debemos declarar que en la sentencia recurrida, se efectúa un pormenorizado análisis de la situación de la menor en relación con sus progenitores, distancia entre los mismos y necesidades de la menor.

En la sentencia recurrida se valora de forma extensa la situación de malos tratos, que entonces no se había enjuiciado, de forma que se desaconsejaba cambiar el sistema de visitas y custodia. Las lesiones resultantes en la que fue su esposa quedaron constatadas médicamente y originadas en un enfrentamiento desencadenado por el hoy recurrente.

A la vista de ello no se infringe la doctrina casacional, pues en la sentencia recurrida se valora el interés de la menor con exquisita ponderación, evitando someterla a riesgos innecesarios, máxime cuando las restricciones en el sistema de visitas son simplemente coyunturales, ampliándose en una segunda etapa, al cumplir la menor cuatro años, evento que se producirá en agosto de 2018.

En este sentido se ha declarado por la sala en sentencia número 51/2016, de 11 de febrero , entre otras:

«Igualmente en las decisiones jurisdiccionales en esta materia debe primar el interés del menor. 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..., 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"».

SEXTO .- Motivo segundo.

Motivo segundo.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la aplicación incorrecta del principio de protección de interés del menor. Infracción del art. 39 de la CE y art. 92 del Código Civil y del reparto equitativo de la carga arts. 90 y 91 del Código Civil , al oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenidas entre otras en las siguientes sentencias: TS Sala 1.ª de 26 de mayo de 2014 , de 19 de noviembre de 2014 , de 19 de noviembre de 2015 y de 23 de septiembre de 2015 .

Entiende el recurrente que en la recogida de la menor se han de coordinar padre y madre, siendo la madre la que debería recogerla en Madrid para retornarla a Valencia.

**SÉPTIMO** .- *Decisión de la sala. Recogida de la menor.*

Se desestima el motivo.

Esta sala en sentencias número 289/2014, de 26 de mayo , y 301/2017, de 16 de mayo , ha declarado:

«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».

En la sentencia recurrida se ha optado por el régimen subsidiario, al entender que era el que se ajustaba a las circunstancias del caso, y con ponderado rigor, compensa económicamente al padre, reduciendo la pensión alimenticia a fin de que pueda atender a los gastos de traslado, por lo que debe rechazarse el motivo, al no infringir la sentencia recurrida la doctrina jurisprudencial.

OCTAVO .- *Motivo tercero.*

Motivo tercero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la infracción del art. 146 CC . Presentando interés casacional la resolución del recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo, sentencias del TS Sala 1.ª de 12 de febrero de 2015 y de 10 de julio de 2015 .

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida se ha valorado la falta de trabajo de la madre, las necesidades de la menor y los ingresos del padre, los que pese a que pudieran haberse reducido, no queda en la indigencia, dada la indemnización percibida como consecuencia de expediente de regulación de empleo, por lo que no se considera infringido el art. 146 del C. Civil , dado que la cuantía de los alimentos es proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

NOVENO .- Desestimado el recurso se imponen al recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Benito , contra sentencia de fecha 3 de noviembre de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 147/2016, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de la Coruña .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas del recurso al recurrente.



4.º- Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ