

Roj: STS 4620/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4620
Id Cendoj: 28079110012014100593
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1741/2013
Nº de Resolución: 685/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 535/2011 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas núm. 967/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Bilbao, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Carmen Miral Oronoz, en nombre y representación de doña Antonia, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora doña Aránzazu Fernández Pérez, designada por el turno de oficio, en calidad de recurrente y la procuradora doña María Isabel Salamanca Álvaro, designada del turno de oficio, en nombre y representación de don Maximino en calidad de recurrido y siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Alfonso Bartau Rojas, en nombre y representación de don Maximino, interpuso demanda de juicio para modificación de medidas definitivas contra doña Antonia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia «por la que se acuerde:

Modificar la cuantía de la pensión alimenticia que ha de abonar mi mandante a la suma de 175.- Euros.

Así como acuerde que los turnos quincenales de visitas den comienzo el viernes por la tarde a las 18,00 finalizando el domingo a las 20.00 horas.

Se disponga asimismo que las entregas sean realizadas por mi patrocinado, efectuándose las recogidas por la madre custodia en el punto de encuentro de Burgos.

Se establezca por el Juzgado determinados días y horas en las que mi patrocinado podrá conversar telefónicamente con su hijo Urbano, requiriéndose a la madre para que facilite número de teléfono donde contactar con el menor o si no lo desea permitiendo que sea proporcionado por el padre el oportuno terminal con estos exclusivos fines».

2.- El Fiscal contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes e interesando que «tras recibir el juicio a prueba se dicte sentencia con el resultado de la practicada».

3.- La procuradora doña Carmen Miral Oronoz, en nombre y representación de Antonia, contestó a la demanda 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 desestime íntegramente la demanda, con imposición de las costas al demandante por su temeridad y mala fe».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Bilbao, se dictó sentencia con fecha 19 de marzo de 2012 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

Que estimando, según se dirá, la demanda interpuesta por el Procurador Sr. Bartau, en nombre y representación de D. Maximino contra Dña. Antonia, se acuerda modificar el importe de la pensión de

alimentos a cargo del padre, fijándose la misma en 300 euros mensuales, actualizables anualmente conforme al IPC. Igualmente se amplían las visitas incluyéndose la tarde del viernes desde las 18:00 horas en que el Sr. Maximino recogerá la menor en el punto de encuentro establecido, manteniéndose el resto como se lleva en la actualidad, con los demás pronunciamientos que se recogen en la presente resolución, sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ambas partes, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó sentencia con fecha 4 de abril de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso interpuesto por Antonia , y estimando parcialmente el recurso interpuesto por Maximino , ambos frente a la sentencia de fecha 19 de marzo de 2012, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 (familia) de Bilbao, en el procedimiento MOD.MED.DEFIN.L2 967/10, de que el presente rollo dimana; debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en el único extremo de acordar que el padre deberá recoger al menor en el Punto de Encuentro de Bilbao para iniciar el derecho de visitas, y la madre se trasladará a Burgos, de forma alternativa (un fin de semana sí, y otro no, de los que corresponda ejercer al padre el derecho de visitas), para recoger al menor en el Punto de Encuentro de Burgos, a la finalización de la visita.

Condenado a la demandada al pago de las costas ocasionadas con la tramitación de su recurso.

Sin pronunciamiento sobre las costas ocasionadas con la tramitación del recurso del demandante.

Y con fecha 23 de abril de 2013, se dictó auto de aclaración de la sentencia cuya parte dispositiva señala:

SE ACUERDA aclarar la sentencia nº 198/13 dictada en el presente procedimiento con fecha 16/4/2013 en el sentido que se indica: "que la obligación de la madre de trasladarse a la ciudad de Burgos para recoger a su hijo, se realizará también al finalizar los períodos de vacaciones; a esos efectos los períodos vacacionales, se considerarán fines de semana, a fin de determinar la alternancia que la sentencia establece".

TERCERO .- **1.-** Por la representación procesal de D.^a Antonia se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción del artículo 90.A) del Código Civil .

Motivo segundo.- Infracción del artículo 91 del Código Civil . Y del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Motivo tercero.- Vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 4 de marzo de 2014 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María Isabel Salamanca Álvaro, en nombre y representación de don Maximino , presentó escrito de oposición al mismo y el Fiscal por su parte impugna también el recurso interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de noviembre del 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Consta acreditado que por sentencia de 20 de febrero de 2009 se fijaron medidas definitivas en relación con el menor hijo de ambos, Urbano , nacido el NUM000 de 2007, estableciéndose una pensión de alimentos de 350 euros mensuales, quedando la madre con la custodia del menor, sin perjuicio del derecho de visita del padre.

El domicilio conyugal era Burgos, ciudad en la que permanece el padre, trasladándose la madre con el menor a Bilbao, domicilio de la madre de ella.

La madre, D^a Antonia , carece de permiso de conducir.

Presentada la actual demanda de modificación de medidas, el Juzgado acordó la ampliación del régimen de visitas a la tarde del viernes, redujo la pensión de alimentos a 300 euros, con la intención de compensar

en parte los gastos del traslado del padre para recoger y retornar al menor. El Juzgado denegó la petición de que el padre recogiese al menor y la madre lo retornase a Bilbao.

Por la Audiencia Provincial se mantuvo la pensión de alimentos, acordando que el padre recogería al menor en Bilbao, en la semana y períodos vacacionales que le correspondieran y la madre lo recogería en Burgos y lo retornaría a Bilbao, pues aún cuando ella no tiene medio propio de transporte, debe hacer uso de las alternativas existentes.

El Ministerio Fiscal ante esta Sala pidió la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO .- *Motivo primero. Infracción del artículo 90.A) del Código Civil .*

Motivo segundo. Infracción del artículo 91 del Código Civil . Y del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Motivo tercero. Vulneración de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Se desestiman los motivos, que se analizan conjuntamente .

Se alega por la recurrente que el art. 90 del C. Civil , no impone al progenitor custodio la obligación de desplazarse para retornar al menor.

Añade que no se han modificado sustancialmente las circunstancias.

Esta Sala debe concretar que cuando se dictó el 16 de febrero de 2010 sentencia por la Audiencia Provincial de Burgos , en procedimiento seguido entre estos mismos litigantes, por las medidas relativas a la custodia y alimentos del menor Urbano , habido en el seno de la pareja de hecho, ya constaba que D^a Antonia se había ido a vivir a Bilbao con su madre, pero ciertamente la escasa edad del menor, entonces, podía desaconsejar sus traslados en un sistema de transporte público, sin adaptación para menores con dos años (entonces).

Por otro lado, el cambio de trabajo e ingresos del padre, también supuso una alteración notable de sus circunstancias económicas, que aconseja repartir equitativamente las cargas de la pareja, en orden a los gastos que genera el menor, incluidos los de traslado.

Por tanto, hemos de declarar que:

1. El art. 90 del C. Civil no atribuye los gastos de recogida y retorno, en exclusiva al progenitor no custodio. Es más no se refiere a ellos.

2. Concorre, como se deduce de la sentencia de la Audiencia, que se han modificado sustancialmente las circunstancias, dada la merma de ingresos del demandante y la edad del menor (art. 91 del C. Civil).

Sobre la presente materia declaró esta Sala en sentencia de 26 de mayo de 2014, rec. 2710/2012 :

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 sufragan 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 .

De esta doctrina se deriva que se ha de mantener la sentencia recurrida, dado que por la modificación sustancial de circunstancias derivada de la edad del menor, más los inferiores ingresos del padre, hace aconsejable una proporcionada distribución de gastos y tiempos de recogida y retorno del menor Urbano .

En este caso es la solución que mejor se adapta al interés del menor y al reparto equitativo de las cargas, pues es un sistema que hace pivotar sobre ambos los gastos de traslado y los tiempos utilizados a tal fin, que también son importantes.

Igualmente hay modificación sustancial, en cuanto a alteración esencial de las circunstancias derivadas de los menores ingresos del padre y de la edad del menor, que permite afrontar el nuevo sistema, que antes era desaconsejable.

TERCERO .- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

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

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D.^a Antonia representada por la procuradora D.^a Aránzazu Fernández Pérez contra sentencia de 4 de abril de 2013 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

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 Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jose Luis Calvo Cabello. 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 Secretario de la misma, certifico.