

Derecho del menor: comunicación y estancia con sus progenitores

Comentario a la STS de 18 de mayo de 2022

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

La sentencia seleccionada para comentar aborda una cuestión que se suscita frecuentemente ante los tribunales, como es la contribución a las cargas de los progenitores a los gastos de viaje y estancia de unos progenitores cuando tienen que viajar a otro país para estar y comunicarse con su hijo menor.

Brevemente, se expone que el juzgado de primera instancia, después de determinar la guarda y custodia compartida, régimen de estancia con cada progenitor, las vacaciones escolares, la pensión y gastos extraordinarios, determina que el coste de los viajes que deban realizarse para el ejercicio del derecho de visitas será costeado por ambos progenitores por mitad.

La sentencia es apelada por ambos progenitores, y por la audiencia provincial se revoca la sentencia de instancia en algunos puntos, aumentando la pensión alimenticia a cargo del progenitor paterno; indica que ambos padres deberán costear los desplazamientos del progenitor para mantener el contacto con su hijo en el régimen de visitas establecido en la sentencia, si bien se establece que los gastos de viaje serán exclusivamente a cargo del padre, o subsidiariamente se moderase la contribución de tales gastos, determinando una cantidad por viaje, y por todos los conceptos, de 150 euros por cada uno de ellos.

Es importante mencionar que los progenitores viven por decisión propia en localidades distantes y países diferentes. El padre en España y la madre, con el hijo menor, en Reino Unido, donde trabaja. Es evidente que tal circunstancia supone una dificultad, aunque no impide los contactos padre e hijo, que se vienen desarrollando mediante desplazamientos periódicos del demandado al lugar de residencia del menor.

Es importante hacer consta que la jurisprudencia ha mencionado de manera reiterada, y así lo declaró en la sentencia de 26 de mayo de 2014 (NCJ058579) y en otras posteriores, en las que debe observarse el principio del interés del menor, esencial en el sistema, de manera que no se dificulte la relación con cada progenitor, que sí afecta al reparto equitativo de las cargas, de manera que ambos intervengan en el pago de los costes del traslado de

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 1 al 15 de junio de 2022).

manera equilibrada y proporcional a su situación económica, con base tanto en la situación personal de cada uno, como en la flexibilidad laboral o circunstancias familiares, entre otros aspectos. El Tribunal Supremo tiene declarado que en los supuestos de los casos en que los ingresos de los progenitores sean similares, el reparto de los gastos del desplazamiento del menor se reparta al 50 % entre ambos progenitores, lo que debe observarse tanto para los casos de desplazamiento del menor como para ambos progenitores, con la finalidad de facilitar las visitas con su padre y con su madre.

Es evidente que el régimen que se establece en el caso de la sentencia genera indiscutibles gastos, tanto de viaje como de estancia en el extranjero, y siendo similar la situación económica de cada progenitor, a la vista de la sentencia, ambos deben colaborar en satisfacer dichos costes, al ser ambos responsables del menor, y ambos deben garantizar el bienestar de su hijo, que es el titular del derecho de relacionarse con su padre; ambos progenitores, como titulares de la patria potestad, deben asegurar y garantizar esa relación, contribuyendo a esos gastos.

En primer lugar, siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos, y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, si bien es no es posible entrar a juzgar los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los artículos 53 de la Constitución española y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y que obligan al Tribunal Supremo a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS de 11 febrero y 25 de abril de 2011 [NCJ055167]).

Por otro lado, como complemento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del convenio (véase, entre otras, sentencias Johansen contra Noruega de 7 de agosto de 1996, y Bronza contra Italia de 9 de junio de 1998); de donde concluye el tribunal que «el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio».

La jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, en relación con esta cuestión, en las sentencias 289/2014, de 26 de mayo (NCJ058579); 664/2015, de 19 de noviembre (NCJ060798), y 565/2016, de 27 de septiembre (NCJ061715), ha establecido los criterios

para la determinación de quién es el obligado a trasladar y retornar el menor al domicilio de cada uno de los progenitores, señalando que 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.

Esta doctrina se reitera en la STS 676/2017, de 15 de diciembre (NCJ063022), en la que se manifiesta que

se establece en beneficio e interés del menor, al facilitar su relación con cada uno de los progenitores y habrá de primarse el interés del menor y un reparto equitativo de cargas, a fin de que los gastos de desplazamiento no impidan el contacto con el menor, pero debiendo tener en cuenta la capacidad económica de cada uno, su horario laboral, etc., así como el hecho de que se trata en este caso de un desplazamiento de larga distancia que exige ponderar las circunstancias concurrentes para resolver en su vista, y lo cierto es que la sentencia de apelación no pudo tener en cuenta dichos datos, ni los tiene esta sala para resolver en el beneficio e interés de los menores, como sería deseable.

Debe asimismo mencionarse la STS, Sala Civil, de 16 de mayo de 2017, que determina que

el art. 94 CC encomienda al juez la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio del derecho de visitas. El criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda sobre la situación del menor, incluido el régimen del llamado derecho de visita, es el del interés superior del menor, ponderándolo con el de sus progenitores que, aun siendo de menor rango, no resulta por ello desdeñable (Sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional 176/2008, de 22 de diciembre [NCJ047653], con cita de otras anteriores). Así lo exige el art. 39 de la Constitución y resulta también del art. 92.4 y 8 y del art. 94 CC, que deben ser interpretados a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

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

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

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

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

1.º La Sentencia 289/2014, de 26 de mayo que, a partir de los principios generales de interés del menor y contribución equitativa a los gastos, elabora la doctrina sobre el reparto de gastos de los traslados derivados del ejercicio del derecho de visita, entiende que, en el caso concreto (viaje de 32 kilómetros en autobús de un niño de 4 años, padres de escasos ingresos), debe ser casada la sentencia que atribuye al progenitor que no tiene la custodia todos los gastos de recogida y retorno, sin ponderar expresamente el interés del menor y el reparto equitativo de cargas; se confirma la del juzgado que atribuía a cada progenitor la recogida del niño en el domicilio del otro.

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

3.º La Sentencia 685/2014, de 19 de diciembre, confirma la sentencia que, valorando el interés del menor y, atendiendo a la modificación sustancial de las circunstancias (cambio de trabajo y menores ingresos del padre y la edad del menor, que inicialmente desaconsejaban el traslado en transporte público —la madre carecía

de medio propio de transporte—, sin adaptación para niños de corta edad), modifica la situación inicial (en la que el padre asumía los gastos de traslado para recoger al menor y retornarlo), y, haciendo pivotar sobre los dos progenitores los gastos de traslado y los tiempos utilizados a tal fin, acuerda que en la semana y vacaciones que le correspondan al padre recogería él al niño en Bilbao (donde vive con la madre) y la madre lo recogería en Burgos (donde vive el padre) y lo retornaría a Bilbao.

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

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

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

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

8.º El Auto de 3 de junio de 2015 no admite el recurso de casación interpuesto por la madre contra la sentencia que autoriza, en interés del menor, el traslado al extranjero del padre custodio (a Argentina, donde tiene su familia directa, una oferta de trabajo y un piso de residencia, frente a la situación de la madre, que tiene una hija de otra relación que se encuentra en una familia de acogida y cuya familia está

en otra localidad), pero al mismo tiempo establece un amplio régimen de visitas a favor de la madre, y asigna al padre el pago de los gastos de desplazamiento del hijo para visitar a su madre, dadas las dificultades económicas de ella.

Siendo diferentes las soluciones finales, porque están en función de las circunstancias que concurren en cada caso, todas estas resoluciones de la sala deciden valorando si la sentencia recurrida ha motivado su decisión en atención al principio del interés del menor y del reparto equitativo de las cargas. En el recurso de casación solo puede examinarse si la sentencia recurrida ha motivado suficientemente, a la vista de los hechos que considera probados, el interés del menor.

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

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

En este sentido se recoge en la sentencia que se comenta que la carga económica no tiene que ser soportada, exclusivamente, por el padre, que es quien realiza además el esfuerzo de los desplazamientos a Inglaterra para verse con su hijo. Por ello determina que la contribución de la madre deberá efectuarse por cada viaje y que comprende también los gastos de estancia, con exclusión de los relativos al mantenimiento, pero con un límite de 150 euros, por cada viaje de ida y vuelta, habida cuenta de la variación de precios según la época, anticipación en que se efectúe la compra de los billetes o reservas, lugar en que se lleve a efecto el hospedaje, etc.

Es evidente a que a la vista de la sentencia que se comenta, de acuerdo con la sentencia y con la doctrina del Tribunal Supremo, la sentencia estima el recurso interpuesto por el padre del menor, así como el recurso interpuesto por ambos progenitores ratificando la sentencia de la audiencia provincial, salvo en lo referente a que ambos padres deberán costear los desplazamientos del progenitor para mantener el contacto con su hijo en el régimen de visitas establecido en la sentencia, si bien se establece como máximo la contribución de la progenitora en 150 euros por cada uno de ellos, cantidad que se actualizará anualmente conforme al IPC, confirmando la pensión alimenticia del padre establecida por el juzgado.