

Roj: **STS 18/2017 - ECLI:ES:TS:2017:18**Id Cendoj: **28079110012017100002**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **12/01/2017**Nº de Recurso: **2318/2015**Nº de Resolución: **5/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP SE 675/2015,**
STS 18/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 12 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla el día 4 de marzo de 2015, en el recurso de apelación 2151/2014, dimanante de los autos de modificación de medias nº 855/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Sevilla. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Millán , representado por el procurador don Jorge Deleito García. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida doña Magdalena , representada por la procuradora doña Ana Belén Gómez Murillo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales don Manuel Jiménez López de Lemus, en nombre y representación de doña Magdalena , formuló demanda de modificación de medias definitivas y suplicó al juzgado:

«Que,[...] por formulada DEMANDA DE MODIFICACION DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS ACORDADAS EN LA SENTENCIA NÚM. 783/2012, dictada el 18 de diciembre de 2012 en los autos núm. 885/2012-5°, POR VARIACIÓN SUSTANCIAL DE LAS CIRCUNSTANCIAS TENIDAS EN CUENTA, que deberá deducirse contra DON Millán y, tras los trámites legales oportunos, dicte en su día Sentencia que estime la presente demanda, acordando:

1º. Dejar sin efecto las estancias intersemanales puesto que no podrán llevarse a cabo.

2º. Ampliar las estancias de la menor con su padre en las vacaciones escolares de verano, correspondiéndole a éste, además de las dos quincenas actualmente fijadas, los días de vacaciones escolares del mes de junio, desde el último día de clase, y los de septiembre hasta el penúltimo día de vacaciones escolares a las 21:00 horas.

3º. Ampliar los puentes escolares, pudiendo disfrutar el Sr. Millán de dos de cada tres de los puentes escolares de la menor o fines de semana largos (viernes o lunes festivos) aunque no le corresponda el fin de semana.

4º. Establecer que las entregas y recogidas de la menor se hagan por el Sr. Millán en el domicilio materno.

2.- La procuradora doña María de los Ángeles Rodríguez Piazza, en nombre y representación de don Millán , contestó a la demanda formulada de contrario formulando reconvención.

En el suplico de la contestación solicitó al Juzgado:

«...se dicte en su día sentencia por medio de la cual, desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mi mandante de las responsabilidades que se le imputan, con todos los pronunciamientos favorables y expresa condena en costas al actor, por ser justicia que pido, en Sevilla, a 30 de julio de 2011.»

En el suplico de la reconvencción solicita:

«...tenga por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, por hechas las manifestaciones que en mismo se tienen, teniéndose por formulada DEMANDA RECONVENCIONAL, y conforme a la misma, y previa la sustanciación legal y el recibimiento a prueba que dejamos interesado, se dicte en su día Sentencia por medio la cual, estimando íntegramente la presente Demanda, se contengan los siguientes pronunciamientos:

Modificación del régimen de custodia, pasando la misma a D. Millán .

Modificación del régimen de visitas a favor de Doña Magdalena , que pasará a ser el siguiente:

»1º. Dejar sin efecto las estancias inter-semanales puesto que no podrán llevarse a cabo.

»2º. Ampliar las estancias de la menor con su madre en las vacaciones escolares de verano, correspondiéndole a éste, además de las dos quincenas actualmente fijadas, los días de vacaciones escolares del mes de junio, desde el último día de clase, y los de septiembre hasta el penúltimo día de vacaciones escolares a las 21:00 horas.

»3º. Ampliar los puentes escolares, pudiendo disfrutar la madre de dos de cada tres de los puentes escolares de la menor o fines de semana largos (viernes o lunes festivos) aunque no le corresponda el fin de semana.

»4º. Establecer que las entregas y recogidas de la menor se hagan por la madre en el domicilio paterno.

Condenándose a la demandada a estar y pasar por dicha resolución, e igualmente, al pago de las costas que genere el presente procedimiento.»

3.- El Juzgado dictó Auto con fecha 15 de octubre de 2013, inadmitiendo la reconvencción formulada por la parte demandada.

4.- El Juzgado dictó sentencia el 29 de octubre de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«1.- Autorizar a la madre para decidir sobre el lugar de residencia y colegio de la menor en Albacete.

»2.- Un cambio del régimen de estancias de la menor con su padre consistente en:

»1.-UN FIN SEMANA AL MES, que coincidirá con el último fin de semana de cada mes, salvo que el mes exista puente o fin de semana largo, con viernes o lunes festivo, en este caso será este fin de semana el que corresponda al padre. Se suprime la estancia del fin de semana en vacaciones escolares

»2.-VACACIONES ESCOLARES, corresponderá en los años pares el mes de julio a la madre y el mes de agosto al padre al padre, y en años impares al revés.

»Además la menor permanecerá con su padre los días de vacaciones de junio y los días de vacaciones en Septiembre, reintegrándola tras las fiestas de Albacete Interrumpiéndose las visitas de fines de semanas en el periodo vacacional.

»Las Navidades: la primera mitad a la madre en años pares y la segunda al padre, en los años impares al revés; primera mitad comprenderá desde el último día de colegio hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas; y la segunda mitad, desde el día 30 a las 20:00 horas hasta el último día de vacaciones.

»Semana Santa. Entera con su padre.

»Los traslados se realizarán por el padre quien recogerá y entregará a la menor en el domicilio materno. Si la menor pudiera viajar en AVE u otro medio de transporte, con asistencia de azafata, podría ser así realizado.»

»3.- El gasto que supone los desplazamiento debe conllevar la reducción de la pensión de alimentos a 300€ mensuales

»4.- Al residir la madre en Albacete procede atribuir el uso del domicilio y ajuar familiar sito en Sevilla al padre.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de don Millán , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, y la representación procesal de doña Magdalena , impugnó la misma, correspondiendo su tramitación a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla que dictó sentencia el 4 de marzo de 2015 con la siguiente parte dispositiva:



« Que en parte estimando y en parte desestimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Rodríguez Piazza, en nombre de D. Millán , como el articulado por el Procurador Sr. Jiménez López de Lemus en nombre de D^a Magdalena , contra la sentencia de 29 de octubre de 2013, debemos modificar dicha resolución en los siguientes extremos:«a) Se mantiene en 500 euros mensuales y actualizables la pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de la hija menor Esther ; b) El reintegro de la menor en Septiembre tendrá lugar antes de las 14 horas del día anterior al inicio del curso escolar; c) El padre recogerá y reintegrará a su hija al domicilio materno en Albacete en las estancias ordinarias de fin de semana, y la madre trasladará a la menor al domicilio paterno en Sevilla, recogiénola en él al finalizar los periodos de estancias con el padre, en las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano que a éste correspondan según se especifica en el fundamento jurídico tercero, párrafo final. No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas procesales de segunda instancia»

2.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de don Millán , con base en los siguientes motivos:

Primero.- Por considerar vulnerado los arts 2 , 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor .

Segundo.- Se formula por infracción de los arts 39 CE y 92 CC .

Tercero.- Por infracción del principio de interés del menor recogido en el art 39 CE y 92 CC así como vulneración del principio de reparto equitativo de las cargas reconocido en los arts 90 c) y 91 CC .

3.- La Sala dictó auto el 14 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º .- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Millán , contra la sentencia dictada, con fecha 4 de marzo de 2015, por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.ª) en el rollo de apelación n.º 2151/2014 , dimanante de los autos de modificación de medidas n.º 855/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Sevilla.

»2º.- De conformidad y a los fines dispuestos en el art. 485 LEC , entréguese copia del escrito de interposición del recurso formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría. Transcurrido dicho plazo, a los mismos fines, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal. »

4.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal en su informe solicitó la desestimación de los motivos primero y segundo del recurso de casación en lo relativo a la salvaguarda del interés de la menor y al mantenimiento de la guarda y custodia en favor de la madre y en cuanto al tercer motivo desestimar la modificación del régimen de visitas previsto en la sentencia de apelación y apoyar parcialmente ese motivo en cuanto a la contribución económica en favor de la hija en la forma indicada, todo ello en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla de 4 de marzo de 2015 .

5.- La representación procesal de la parte recurrida manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

6.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del recurso el día 7 de diciembre de 2016 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- La parte demandante doña Magdalena , que tiene atribuida la guarda y custodia de la menor, presentó demanda de modificación de medidas homologadas en divorcio, frente a su ex cónyuge don Millán , solicitando en esencia autorización para decidir sobre el cambio de colegio y residencia de la menor, teniendo en cuenta que la nueva residencia se sitúa en Albacete. La necesidad de cambio se justifica por el traslado del trabajo de la madre de Sevilla, donde vive el padre, a Albacete. El cambio que pretende la madre supone una modificación de las medidas establecidas en relación con el régimen de estancias de la niña con su padre y también conllevaría la extinción del derecho de uso del domicilio familiar sito en Sevilla y modificar la pensión de alimentos.



2.- La sentencia de primera instancia autorizó el traslado y modificó el régimen de estancias y atribuyó el uso del domicilio familiar al padre, y por los gastos de desplazamiento redujo la pensión a pagar por el padre a 300 euros al mes.

3.- Apeló el demandado e impugnó la demandante, y la sentencia de segunda instancia, estimó y desestimó en parte el recurso, manteniendo la pensión de alimentos en 500 euros.

4.- En concreto la sentencia de primera instancia acordó:

«1.- Autorizar a la madre para decidir sobre el lugar de residencia y colegio de la menor en Albacete.

»2.- Un cambio del régimen de estancias de la menor con su padre consistente en:

»1.-UN FIN SEMANA AL MES, que coincidirá con el último fin de semana de cada mes, salvo que el mes exista puente o fin de semana largo, con viernes o lunes festivo, en este caso será este fin de semana el que corresponda al padre. Se suprime la estancia del fin de semana en vacaciones escolares

»2.-VACACIONES ESCOLARES, corresponderá en los años pares el mes de julio a la madre y el mes de agosto al padre el padre, y en años impares al revés.

»Además la menor permanecerá con su padre los días de vacaciones de junio y los días de vacaciones en Septiembre, reintegrándola tras las fiestas de Albacete Interrumpiéndose las visitas de fines de semanas en el periodo vacacional.

»Las Navidades: la primera mitad a la madre en años pares y la segunda al padre, en los años impares al revés; primera mitad comprenderá desde el último día de colegio hasta el día 30 de diciembre a las 20:00 horas; y la segunda mitad, desde el día 30 a las 20:00 horas hasta el último día de vacaciones.

»Semana Santa. Entera con su padre.

»Los traslados se realizarán por el padre quien recogerá y entregará a la menor en el domicilio materno. Si la menor pudiera viajar en AVE u otro medio de transporte, con asistencia de azafata, podría ser así realizado.»

»3.- El gasto que supone los desplazamiento debe conllevar la reducción de la pensión de alimentos a 300€ mensuales

»4.- Al residir la madre en Albacete procede atribuir el uso del domicilio y ajuar familiar sito en Sevilla al padre.»

5.- La sentencia del Tribunal de apelación modificó la anterior resolución en los siguientes extremos:

«a) Se mantiene en 500 euros mensuales y actualizables la pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de la hija menor Esther ; b) El reintegro de la menor en Septiembre tendrá lugar antes de las 14 horas del día anterior al inicio del curso escolar; c) El padre recogerá y reintegrará a su hija al domicilio materno en Albacete en las estancias ordinarias de fin de semana, y la madre trasladará a la menor al domicilio paterno en Sevilla, recogiendo en él al finalizar los periodos de estancias con el padre, en las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano que a éste correspondan.»

En concreto salvo acuerdo global o puntual en contrario, y mientras la menor Esther no tenga autonomía suficiente para viajar solo con asistencia de azafata o persona adecuada, el padre Sr. Millán recogerá y reintegrará a su hija en el domicilio materno en las estancias ordinarias del fin de semana mensual, y será la madre Sra. Magdalena la que se encargará de trasladar a la menor al domicilio paterno y recogerla del mismo en las estancias correspondientes a vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano; ello significa que doña Magdalena deberá llevar a Esther a Sevilla y recogerla al finalizar el periodo de estancia con su padre: todas las Semanas Santas; la primera mitad de los años impares y la segunda de los pares en las Navidades; los meses de junio desde el inicio de las vacaciones escolares de verano hasta finalizar dicho mes en años pares, y hasta terminar el mes de julio en años impares; y los meses de agosto hasta su terminación en años impares, y hasta el día anterior al cominezo del curso escolar en años pares.

6.- La sentencia al resolver el recurso de apelación contiene la siguiente motivación:

«(i) En cualquier caso, el traslado a Albacete no puede reputarse caprichoso y arbitrario, pues obedeció al razonable deseo de rehacer su vida personal y laboral en su ciudad natal, en la que contaba con apoyo familiar y con la posibilidad cierta de encontrar trabajo acorde con su capacitación y experiencia profesional.

»(ii) La distancia geográfica entre las ciudades de Albacete y Sevilla determina tanto la supresión de las visitas intersemanales como la reducción a una de las estancias mensuales de fin de semana, lo que se compensa razonablemente con la ampliación de los tiempos de permanencia de la menor con el padre en Semana Santa, y en las vacaciones de verano fuera de los meses de Julio y Agosto, salvaguardando así las relaciones paterno-filiales.



»(iii) Es razonable que el reintegro de la menor en Septiembre tenga lugar antes de las 14 horas del día anterior al comienzo del año escolar, y no a la finalización de las fiestas en Albacete que puede acontecer cuando ya se haya iniciado el prioritario curso docente.

»(iv) Razones de justicia y de equidad exigen que se compartan las recogidas y reintegros de la menor en el domicilio albaceteño de la madre, en orden a posibilitar las relaciones paterno-filiales, no siendo siempre el padre quien deba recoger y devolver a la menor al haber sido la madre quien traslado su lugar de residencia a una población distinta de Sevilla en la que ubicó la que fuera vivienda familiar en Sevilla.

»(v) En la búsqueda de una solución equilibrada y satisfactoria, es necesario tomar en consideración, de una parte, que el Sr. Millán al tener atribuido el uso del domicilio familiar no ha de abonar renta arrendaticia, y, de otra parte, que el importe de la pensión alimenticia, a favor de la hija alimentante, ha de venir determinado por la proporcionalidad entre las necesidades de aquélla, y la capacidad económica de éste, sin que deba experimentar merma o reducción para compensar gastos de desplazamiento, razón por la cual la cifra de 500 euros mensuales, estipulada en el convenio regulador homologado por la sentencia de divorcio, no ha de sufrir modificación alguna.»

7.- La representación procesal de don Millán interpuso contra la anterior resolución recurso de casación por razón de interés casacional al, al amparo de lo que dispone el artículo 477. 2. 3º LEC, articulando tres motivos:

(i) El primero por considerar vulnerado los arts 2, 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, art 39 CE, Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño, del Parlamento Europeo, y arts 68, 70, 92, 94, 103, 154, 156, 158 y 159 del Código Civil, que consagran el principio del interés del menor, como de orden público y prioritario en su aplicación en cualquier procedimiento. Se considera infringida la jurisprudencia del TS contenida en las sentencias: de 12 de febrero de 1992, 23 de mayo de 2005, 31 de julio de 2009, 28 de septiembre de 2009, 13 de julio de 2011, 25 de mayo de 2012, 26 de noviembre de 2012 y 19 de julio de 2013, y también en la de la STS 20 de octubre de 2014 que fija doctrina jurisprudencial sobre el cambio de residencia del cónyuge custodio al extranjero, porque alega, que la madre se ha trasladado desde el domicilio familiar, que se encontraba en Sevilla, a Albacete, y que en ese traslado no se ha tenido en cuenta el *favor filii* porque es en Sevilla donde la menor (nueve años) ha pasado toda su vida y donde está escolarizada y tiene sus amigos y su educación social y cultural, y va a tener que adaptarse a otra ciudad, a vivir en la casa de su abuela materna a más de 500 kilómetros; por lo que debería de aplicarse por analogía la doctrina de la Sala sobre traslados de los menores al extranjero o en todo caso sentarse nueva jurisprudencia para estos casos de traslado a gran distancia.

(ii) El motivo segundo, se plantea subsidiariamente con el primer motivo, para el caso en que no se considere aplicable por analogía la jurisprudencia de la Sala sobre traslados de menores al extranjero, se formula por infracción de los arts 39 CE y 92 CC por infracción de la doctrina sentada en la STS 20-10-2014 recurso 2680/20013 que fija que la autorización para traslado de residencia al extranjero solo se debe conceder judicialmente en beneficio e interés de los hijos, al producirse un traslado que obstaculiza gravemente la relación con el otro progenitor, y se alega que existe jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales, cita las sentencias de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 1ª, de 17 de octubre de 2001, que junto con las de Huelva de 7 de mayo de 2009 y Murcia de 5 de mayo de 2007, la recurrente dice que no siempre un traslado del lugar de residencia debe llevar consigo un cambio de guarda y custodia, que solo procederá cuando lo impongan los intereses del menor, y cita también las de la Audiencia Provincial de Segovia de 3 de octubre de 2008 y Audiencia Provincial de Madrid 15 de enero de 2010, que sí accedieron a un cambio en la guarda y custodia. Las Sentencias de la Audiencia Provincial de La Rioja de 11 de noviembre de 2005 y Tenerife de 1 de octubre de 2010 señalan que solo podrá modificarse la guarda y custodia si resulta más beneficioso para el menor.

(iii) El motivo tercero es por infracción del principio de interés del menor recogido en el art 39 CE y 92 CC así como vulneración del principio de reparto equitativo de las cargas reconocido en los arts 90 c) y 91 CC por no repartirse adecuadamente los gastos derivados del régimen de estancias de la menor con el cónyuge no custodio, STS 26 de mayo de 2014, porque la Sra Magdalena acude a Sevilla en seis ocasiones, mientras que el recurrente va a tener que ir a Albacete en doce ocasiones, en el año, que serán de fines de semana, por lo que va a tener que pernoctar, dada la distancia entre las ciudades.

8.- La Sala dictó auto el 14 de septiembre de 2016 admitiendo el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso, pero insistiendo en su inadmisibilidad por ausencia de interés casacional, por cuanto sólo podría modificarse la sentencia recurrida mediante la omisión de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados.



9.- El Ministerio Fiscal, con cita de la jurisprudencia de esta Sala, en concreto la sentencia de 26 de mayo de 2014 y la de 19 de noviembre de 2014, solicita la desestimación de los motivos primero y segundo del recurso de casación, en lo relativo a la salvaguarda del interés del menor y el mantenimiento de la guarda y custodia a favor de la madre, y en cuanto al tercer motivo solicita que se apoye parcialmente el mismo y se mantenga la pensión en favor de la hija en la cuantía de 300 € mensuales que fijó la sentencia de primera instancia.

Recurso de casación

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso.

1.- Teniendo cuenta que no se formula recurso extraordinario por infracción procesal dirigido a denunciar un error en la valoración de la prueba, en los términos estrictos que autoriza la Sala, podría defenderse una inexistencia de interés casacional porque la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada sólo podría prosperar mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados, sobre todo atendiendo a la *ratio decidendi* (razón de decidir) de la sentencia.

2.- Ahora bien, como ya sostenía la sentencia 200/2016, de 31 de marzo, partiendo de que el recurso en realidad está fundando su denuncia en algo propio de la valoración jurídica, como es el interés superior del menor, concepto que ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, 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 afecto 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 límite más derechos que los que ampara», procede su admisión, pues para resolverlo no es preciso alterar el *factum* de la sentencia del Tribunal de apelación. Cuando se trata de revisar el interés del menor en caso de guarda y custodia se admite que se haga en casación (STS de de 25 de septiembre de 2015).

TERCERO.- Decisión de la Sala de los motivos primero y segundo.

1.- Vamos a ofrecer respuesta conjunta a ambos motivos, como autoriza la doctrina de la Sala, por la estrecha relación que guardan entre sí, ya que en los dos se plantea la misma cuestión, a saber, el respeto y protección del interés superior del menor cuando se trata de autorizar el traslado del progenitor custodio a una localidad distinta de aquella en la que viene residiendo y, naturalmente, continúa con la guarda y custodia del menor; por lo que éste le seguiría en el traslado.

2.- No puede plantearse que exista doctrina contrapuesta sobre la materia entre Audiencias Provinciales para justificar el interés casacional, ya que lo que existe es doctrina de esta Sala sobre ella.

La sentencia de 10 de septiembre de 2015, Rc. 797/2014, hace referencia a aquellas sentencias de la Sala que recientemente han abordado la problemática de la guarda y custodia de los menores en supuestos de traslados de localidad de los progenitores custodios, que son las siguientes:

«(i) STS de 15 de octubre de 2014, Rec. 2260/2013, que la Sala a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés de los menores a la vista de los hechos probados, no siendo el recurso de casación una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio.

«(ii) STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014. El cambio de residencia de la madre custodia no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunde en beneficio de la menor.

«(iii) STS de 26 de octubre de 2012, Rec. 1238/2011. Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia.

«(iv) STS de 11 de diciembre de 2014, Rec. 30/2014. En procedimiento de modificación de medidas se plantea el traslado de provincia de la menor con su madre (progenitora custodia) que ha contraído nuevo matrimonio del que nació un hijo, que es autorizado por la SAP. " En la sentencia recurrida se ha respetado la doctrina jurisprudencial a la hora de autorizar el traslado, pues se ha tenido en cuenta el interés de la menor al referir expresamente que es beneficioso para ella el contacto con su nuevo hermano.»

Se aprecia que en todas ellas late como principio a que debe ajustarse la decisión el interés del menor, artículo 39 CE y artículo 92 CC (STS de 19 de noviembre de 2015, Rc. 2724/2014).

3.- Aunque la sentencia recurrida ponga más el acento en las condiciones personales y económicas de las partes, progenitores de la menor, que en el interés de ésta, es cierto que del contenido de la sentencia y de sus



razonamientos puede colegirse que ese interés se tiene presente. De todos modos se echa en falta más datos de los que constan y se valoran, sobre todo un informe psicosocial sobre el impacto en la menor del cambio de localidad de residencia y, por ende, del entorno social y escolar que disfrutaba.

4.- A pesar de ello no se aprecia que el Tribunal de apelación haya decidido en contra de la doctrina de la Sala, y ello por los siguientes motivos:

(i) Las propias partes consideraron que fuese la madre quien tuviese atribuida la guarda y custodia de la menor.

(ii) Partiendo de que el traslado de Sevilla a Albacete no se reputa caprichoso y arbitrario, se tiene en cuenta el apoyo familiar que en esta ciudad tiene la progenitora custodia para compatibilizar su trabajo y cuidado de la menor, mientras que el padre reconoce no disponer en Sevilla de tal entorno, siendo en Córdoba donde sí dispone de él. Por tanto la autorización no perjudica el interés de la menor en este extremo, que puede considerarse como el más relevante.

(iii) Es cierto que para la menor va a suponer un cambio en su entorno social y escolar y que lo deseable hubiese sido que la madre pudiese residir en Sevilla. Pero al no ser posible, tal trastorno no debe condicionar *per se* la oposición a la autorización, pues es una máxima de experiencia que muchos menores, sin necesidad de crisis matrimonial, por razones personales o profesionales de los padres, tienen que soportar tales cambios y se adaptan a ellos en tiempos prudenciales.

Por todo ello ambos motivos del recurso de casación se desestiman.

CUARTO.- Decisión de la Sala sobre el tercer motivo.

1.- La sentencia 664/2015, de 19 de noviembre, 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.»

2.- Tal doctrinal la respeta la sentencia recurrida, al repartir la carga entre ambos progenitores respecto a los traslados que deben soportar en relación con el régimen de comunicación y visitas del padre con la hija, que se ha visto sustancialmente alterado por el traslado de la menor con su madre a otra ciudad.

3.- Sin embargo la sala discrepa de la sentencia recurrida sobre la posible compensación económica derivada de tal circunstancia. Es cierto que la pensión alimenticia a favor de la hija ha de venir determinada por la proporcionalidad entre las necesidades de ésta y la capacidad económica del progenitor obligado, como también lo es que tal capacidad, y en interés de la menor, se ve mermada por los gastos de desplazamiento que tiene que hacer éste a Albacete, e incluso de alojamiento, para así facilitar que la hija no pierda la relación con su padre, que redundará en beneficio de ella.

La sentencia recurrida es consciente de ello, pero mantiene el *quantum* de la pensión alimenticia por entender que no sufre merma la capacidad económica del alimentante, merced a que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar a consecuencia del traslado de la actora que lo tenía atribuido. Sin embargo tal circunstancia no puede ser determinante, pues el uso lo tenía atribuido la hija y la madre custodia, por lo que, al desaparecer dicho uso, la vivienda ya no va a tener atribuido el uso, salvo provisionalmente, y corresponde su liquidación. De ahí que el motivo lo apoye en tal extremo el Ministerio Fiscal.

4.- Consecuencia de lo expuesto es que se haya de estar al *quantum* de la pensión ascendente a 300 € mensuales fijado en la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- En la aplicación de los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede no imponer las costas del recurso, con devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

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



1.º Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por don Millán , representado por el procurador don Jorge Deleito García, contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla el día 4 de marzo de 2015, en el recurso de apelación 2151/2014, dimanante de los autos de modificación de medias nº 855/2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Sevilla. 2.º A consecuencia de la estimación parcial del recurso se confirma la sentencia recurrida, con la salvedad de que la pensión alimenticia a favor de la hija sea de 300 € mensuales. 3.º No se imponen las costas del recurso a la parte recurrente, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ