



Roj: **STS 3724/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3724**

Id Cendoj: **28079110012017100536**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/10/2017**

Nº de Recurso: **1325/2016**

Nº de Resolución: **566/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SA 516/2015,**  
**STS 3724/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 19 de octubre de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 30 de octubre de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 324/2015, de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca, dimanante de autos de juicio de derecho de familia sobre medidas paterno filiales, registrados bajo el núm. 1.435/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Salamanca; recurso interpuesto ante la citada audiencia por Dña. Agustina, representada en ambas instancias por la procuradora Dña. María Ángeles Rodríguez Palomero, bajo la dirección letrada de Dña. María Teresa Zaballos Martínez, ambas del turno de oficio, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora de oficio Dña. Mónica Pucci Rey en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Luis Pablo, representado por la procuradora Dña. María del Pilar Hernández Simón, bajo la dirección letrada de D. Javier Nicolás Martín Martín, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.-** D. Luis Pablo, representado por la procuradora Dña. Pilar Hernández Simón y asistido del letrado D. Javier Nicolás Martín Martín, interpuso demanda de juicio para la regulación de las relaciones paterno filiales y económicas y modificación de medidas cautelares previas, contra Dña. Agustina y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Acordando las siguientes medidas definitivas en relación a su hijo Romulo :

»1.º- La patria potestad será compartida por ambos progenitores.

»2.º- La guarda y custodia del hijo, Romulo, sea atribuida a D. Luis Pablo.

»Con carácter subsidiario, se solicita la custodia compartida.

»3.º- Las visitas y estancias por el progenitor no custodio serán las que adopte el Tribunal.

»El progenitor no custodio recogerá y entregará al menor donde tenga fijada la residencia el padre.

»4.º- Sobre los alimentos ordinarios que la madre no custodio, Dña. Agustina, ha de abonar por este concepto se solicita la cantidad de 125,00 €/mes.

»Cantidad que deberá abonarse por anticipado durante los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria del Banco Sabadell NUM000 , y actualizarse anualmente, con carácter acumulativo, de conformidad con el incremento experimentado por el índice de precios al consumo, en la actualidad publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le pudiera sustituir.

»La indicada cantidad se abonará desde el momento de presentación de la presente demanda.

»5.º- Los alimentos extraordinarios que surgieran durante la vida del hijo Romulo , mientras sea económicamente dependiente de sus progenitores, se abonaran en la proporción del 50% por cada uno de ellos.

»Se entenderá por gastos extraordinarios lo señalado en los fundamentos de derecho, apartado VII, subapartado D, letra b.

»6.º- Todo ello con la expresa imposición de las costas a la parte demandada, si se opusiera a las pretensiones de esta demanda».

**2.-** El fiscal contestó a la demanda, con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes interesando ser parte y:

«Reservándose la definitiva postura procesal una vez practicadas las pruebas, previa la celebración del correspondiente juicio».

**3.-** La demandada Dña. Agustina contestó a la demanda, actuando en su representación la procuradora Dña. María Ángeles Rodríguez Palomero y bajo la dirección letrada de Dña. María Teresa Zaballos Martínez, 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 establezcan como medidas definitivas las medidas acordadas en el auto 407/14 del procedimiento de medidas cautelares 904/2014 seguido en ese mismo juzgado , salvo la pensión de alimentos a favor del hijo que deberá establecerse en cuatrocientos euros (400.-?) mensuales, todo ello con condena en costas a la parte actora».

**4.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Salamanca se dictó sentencia, con fecha 30 de abril de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Estimo en parte la demanda de medidas paterno filiales interpuesta por D. Luis Pablo , representada por la procuradora Dña. María Pilar Hernández Simón frente a Dña. Agustina , representada por la procuradora Dña. M.ª Ángeles Rodríguez Palomero y sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes acuerdo las siguientes medidas definitivas en relación al hijo de ambos Romulo

»- Patria potestad, guarda y custodia: Se atribuye a Dña. Agustina la guarda y custodia del hijo de ambos Romulo , ostentando ambos progenitores la patria potestad.

»- Visitas: Don Luis Pablo podrá disfrutar de la compañía de su hijo los fines de semanas alternos, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, y las tardes del martes y jueves desde las 19:30 horas a 21:30 horas.

»- Vacaciones:

»a) Verano: El progenitor podrá disfrutar de la compañía de su hijo la primera quincena del mes de agosto y la segunda quincena del mes de septiembre, la segunda quincena de agosto y la primera de septiembre permanecerá con su madre.

»b) Navidad: Las vacaciones se repartirán en dos periodos que van, el primero, desde el día 23 al día 30 de diciembre, y desde el día 31 de diciembre a las 11:00 hasta el día 6 de enero a las 17:00 horas que lo entregará en el domicilio materno a las 17:00 horas. Los años pares elegirá el periodo el padre y en los impares la madre.

»c) Semana Santa: El progenitor recogerá a su hijo a las 20:00 horas del Miércoles Santo y lo entregará a las 20:00 horas del Domingo de Resurrección.

»La semana siguiente a la de Semana Santa el progenitor no disfrutará del derecho a visitas de martes y jueves.

»Así mismo el día del cumpleaños del menor, día del padre y día de la madre el progenitor que no tenga a su hijo podrá disfrutar de su compañía desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.

»El menor podrá ser recogido y entregado por familiares directos de D. Luis Pablo en el domicilio materno.



»- Alimentos: Don Luis Pablo abonara en concepto de pensión de alimentos para su hijo la cantidad de doscientos cincuenta euros mensuales (250,00 €/mes). Tal cantidad deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente designada por la progenitora y se actualizará anualmente según la variación que experimente el I.P.C.

»- En cuanto a los gastos extraordinarios que genere la educación o salud del menor, no cubiertos por sistemas públicos, serán sufragados por los padres por mitad y deberán ser consensuados antes de contraerlos».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca dictó sentencia, con fecha 30 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Pablo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Salamanca, con fecha 30 de abril de 2015, en los autos de los que el presente rollo dimana, revocamos la sentencia recurrida para establecer un régimen de guardia y custodia compartida del niño Romulo entre sus dos progenitores, en la forma y con las condiciones establecidas en el fundamento de derecho cuarto de esta resolución, fijando en 125.-€ mensuales la cantidad que el padre, D. Luis Pablo, debe abonar en concepto de pensión alimenticia hasta que la madre, D.ª Agustina, consiga un trabajo estable. Todo ello sin hacer expresa declaración sobre las costas de la alzada y con devolución al recurrente del depósito constituido para la apelación».

**TERCERO.- 1.-** Por Dña. Agustina se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en:

Motivo primero y único.- Recurso extraordinario por infracción procesal conforme al art. 469.1.3.º y 4.º de la LEC. Se ha producido en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca una vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española, puesto que no ha existido una tutela judicial efectiva y, a su vez, se ha producido indefensión a Dña. Agustina. Ha existido una verdadera indefensión porque en la oposición al recurso de apelación esta parte puso de manifiesto que las circunstancias habían cambiado y que, conforme a lo dispuesto en el art. 752.3 de la LEC, la Audiencia Provincial debería pronunciarse teniendo en cuenta las nuevas circunstancias y el cambio de domicilio que había realizado la progenitora, sin embargo, la sentencia ha omitido totalmente cualquier pronunciamiento al respecto.

El recurso de casación basado en:

Motivo primero (señalado en el escrito como segundo).- Recurso de casación por infracción de normas conforme al art. 477.2.3.º de la LEC. Punto a) Infracción del art. 218 de la LEC con interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Civil, sección 1.ª núm. 619/2014, de 30 de octubre. Se recoge en el punto 2 que la motivación se ajustará a las reglas de la lógica y de la razón. sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca se echa en falta precisamente un razonamiento lógico en lo que respecta a que las dificultades de comunicación entre los padres no parecen insuperables. No hay más que leer la demanda de medidas provisionales presentada por D. Luis Pablo y la demanda de medidas definitivas. Acusa a la madre de ser una mala madre, de «estar loca», o psíquicamente alterada, en el acto del plenario se llegó a comentar por la contraparte que la madre «había tenido intentos autolíticos», lo cual es absolutamente falso, en fin, se vertieron hacia ella tantas descalificaciones que son una pequeña muestra de la real animadversión existente entre los padres del menor.

Punto b) Infracción de los arts. 2, 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, art. 39 de la CE, la Convención de las 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 (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio) y los arts. 68, 70 y 92 que consagran el principio del interés del menor en relación con la sentencia 623/2009, de 8 de octubre. Entendemos que en este caso la Audiencia Provincial de Salamanca no ha tenido en cuenta los parámetros que determinan el interés del menor ni tampoco los suyos propios de sentencias anteriores. Así la sentencia de la sección 1.ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 623/2009, de 8 de octubre.

Motivo segundo (señalado como tercero en el escrito).- recurso de casación por infracción de normas conforme al art. 477.2.1.º y 3.º de la LEC. Vulneración del derecho a elegir libremente su residencia contenido en el art. 19 CE, así como infracción de los arts. 2, 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, art. 39 de la CE, y el 92 del Código Civil que consagran el principio del interés del menor en relación con la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 748/2014, de 11 de diciembre.



Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 21 de junio de 2017, se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días y al Ministerio Fiscal a los mismos fines, en su caso.

2.- Admitidos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María del Pilar Hernández Simón, en nombre y representación de D. Luis Pablo, presentó escrito de oposición a los mismos. Por su parte, el fiscal en sus alegaciones a ambos recursos interesó «la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal por las razones expuestas y en caso de no admitirse la sala deberá optar por las alternativas expuestas, inclinándonos por la primera, al estar admitido el hecho por el propio recurrido y avalado por la documentación presentada en instancia por la recurrente».

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 10 de octubre de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes.

Por D. Luis Pablo se presentó demanda de medidas paterno filiales frente a Dña. Agustina. Ambos han convivido como pareja y de esa relación ha nacido y vive un hijo, Romulo, nacido el NUM001 de 2012. La Sra Agustina vive con el hijo de ambos y con otro hijo de ocho años de una relación anterior.

Sobre la guarda y custodia, el padre pedía la guarda y custodia compartida o que se le concediera a él. La madre pidió que se le concediera a ella.

El Ministerio Fiscal solicitó que se le concediera a la madre.

La sentencia de primera instancia, estimó en parte la demanda y sobre la guarda y custodia del hijo de ambos se le atribuye a Dña. Agustina, ostentando ambos la patria potestad, y con derecho de visitas del padre.

Con posterioridad a la sentencia, la parte ahora recurrente solicitó autorización para cambio de residencia desde Salamanca a Alicante por motivos laborales (aportó carta de ofrecimiento de trabajo). El Juzgado de primera instancia rechazó la solicitud instando que se solicitara modificación de medidas (Providencia de 11 de julio de 2015).

Recurrió en apelación D Luis Pablo, y se opuso al recurso la ahora recurrente, donde ya expone como hecho nuevo el cambio de residencia del menor a Alicante.

La parte ahora recurrente solicitó admisión y práctica de prueba documental en segunda instancia, que se denegó por auto de 9 de julio de 2015. Se pretendía la aportación entre otros del escrito solicitando la autorización judicial urgente de cambio de residencia del menor a Alicante y resolución del juzgado resolviendo sobre la petición. Sobre estos documentos motiva la denegación la Audiencia en que es una mera fotocopia de los que ya obran en autos, por lo que entiende que no es necesario pronunciamiento sobre su admisión.

La sentencia de segunda instancia de 30 de octubre de 2015 estima en parte el recurso del padre, y establece el régimen de guarda y custodia compartida del menor Romulo.

En cuanto a la posible conflictividad entre los padres, tiene por acreditado que la situación se limita a una falta de comunicación que no es extrema, y que supone que esas dificultades no parecen insuperables, ha tenido en cuenta que la inclusión de la relación con los padres y hermanos del progenitor, no es un obstáculo para la guarda compartida y que el trabajo del padre no impide el cuidado del menor ya que :

«[...] el menor debe verse involucrado en un ambiente de normalidad, que incluye la actividad laboral del padre (siempre que tenga un horario razonable como es el caso que le permita combinar el trabajo con su vida familiar) y la ayuda y cuidado de los familiares, tal y como sucede igualmente en la mayoría de los matrimonios y parejas estables [...]» (fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida).

Sobre la distancia entre el domicilio de la madre y del padre dice la sentencia que los traslados son en escasa distancia, que no pueden ser traumáticos para el menor.

Entiende que no es correcta la apreciación de los servicios sociales y del Ministerio Fiscal y jueza *a quo* en el sentido de que el trabajo del padre le impediría el cuidado del menor. Dice que el menor debe verse involucrado en una ambiente de normalidad que incluye la actividad laboral del padre y la ayuda de los familiares.

No se dice nada sobre el traslado de Salamanca a Alicante de la madre.

No se solicitó ante tal omisión, adición o complemento de la sentencia.



Por Dña. Agustina se interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación:

En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal se desarrolla en un motivo, en el que denomina la parte recurrente como primero, al amparo del art 469.1.3 .º y 4.º LEC por vulneración del Art 752. 3 LEC y art 24.1 CE porque no ha habido tutela judicial efectiva para la recurrente, porque la sentencia recurrida no se pronunció sobre la petición formulada, solicitando autorización urgente para cambio de domicilio a Alicante, por razón de trabajo.

Sobre el recurso de casación éste se desarrolla en tres motivos :

El denominado como «segundo» en el escrito de recurso, con dos subapartados:

a) por infracción del art 218 LEC con interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo en STS 619/2014 de 30 de octubre , argumenta la parte que no hay un razonamiento lógico en la sentencia recurrida sobre la aseveración de que las dificultades de comunicación entre los padres no parecen insuperables. Alega que existe real animadversión entre ambos progenitores, y la guarda y custodia compartida conlleva la premisa de que entre ambos padres debe de haber una actitud de respeto que permita actitudes y conductas que beneficien al menor.

b) Por infracción de los arts. 2 , 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , art 39 CE , Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 1989, Carta Europea de Derechos del Niño del Parlamento Europeo arts. 68, 70 y 92 que consagran el principio de interés del menor en relación con la STS 623/2009 de 8 de octubre , porque se ha adoptado la guarda compartida en contra del criterio del Fiscal y del equipo psicossocial.

El segundo, que denomina el escrito como «tercero» donde se dice que se formula recurso de casación por infracción de normas conforme el art 477.2.1 .º y 3.º LEC , por vulneración del derecho a elegir libremente su residencia art. 19 CE así como infracción de los arts. 2 , 3 y 11 de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , art 39 CE y arts. 92 del CC que consagran el principio de interés del menor STS 748/2014 de 11 de diciembre . Esto porque no se ha tenido en cuenta la nueva residencia de la madre en Alicante, y alega que ese cambio no va a afectar a la adaptación del menor Romulo .

#### **Recurso extraordinario por infracción procesal.**

##### **SEGUNDO** .- *Motivo primero y único.*

Motivo único. Recurso extraordinario por infracción procesal conforme al art. 469.1.3 .º y 4.º de la LEC . Se ha producido en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca una vulneración del art. 24.1 de la Constitución Española , puesto que no ha existido una tutela judicial efectiva y, a su vez, se ha producido indefensión a Dña. Agustina . Ha existido una verdadera indefensión porque en la oposición al recurso de apelación esta parte puso de manifiesto que las circunstancias habían cambiado y que, conforme a lo dispuesto en el art. 752.3 de la LEC , la Audiencia Provincial debería pronunciarse teniendo en cuenta las nuevas circunstancias y el cambio de domicilio que había realizado la progenitora, sin embargo, la sentencia ha omitido totalmente cualquier pronunciamiento al respecto.

##### **TERCERO** .- *Decisión de la sala.Cambio de residencia .*

Se estima el motivo.

Alega la recurrente que solicitó admisión y práctica de prueba documental en segunda instancia, que se denegó por auto de 9 de julio de 2015. Se pretendía la aportación entre otros del escrito solicitando la autorización judicial urgente de cambio de residencia del menor a Alicante y resolución del juzgado resolviendo sobre la petición. Sobre estos documentos motiva la denegación la Audiencia, en que es una mera fotocopia de los que ya obran en autos, por lo que entiende que no es necesario pronunciamiento sobre su admisión.

Esta sala ha declarado en sentencia 409/2015, de 17 de julio :

«El artículo 752 de la LEC altera el principio procesal de aportación de parte, pudiendo el Tribunal acordar de oficio las pruebas que tenga por conveniente, pues se trata de alcanzar en estos procesos la verdad real frente a la formal, más propia de los procesos civiles regidos por un principio dispositivo puro. Tal facultad no solo es predicable para el órgano judicial de la primera instancia sino que se extiende de acuerdo con lo dispuesto en el art. 752.3 de la LEC , a la segunda instancia, con amplia libertad de aportación de pruebas. Como recoge la STS 749/2012, de 4 de diciembre :

»Constituye doctrina consolidada ( SSTS de 2 de noviembre de 2011, RC n.º 1003/2010 ; 5 de octubre de 2011, RC n.º 185/2009 ; 13 de junio de 2011 , RCIP n.º 1255/2009 y 25 de abril de 2011, RC n.º 646/2008 ) que el artículo 752 LEC es una norma especial en materia de prueba, que excepciona la aplicación de reglas generales



sobre esta materia (como las recogidas en los artículos 271.1 LEC y 460 LEC ) en los procedimientos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, dada la naturaleza del objeto de estos procesos. En concreto, el artículo 752.1 LEC contiene dos reglas sobre la prueba, de naturaleza diversa a las que rigen en los procesos generales: a) la posibilidad de alegar e introducir prueba a lo largo del procedimiento, y b) la posibilidad de que el Tribunal decreta de oficio cuantas pruebas estime pertinentes».

A la vista de esta doctrina, que es mera reproducción del art. 752 LEC , la Audiencia Provincial debió dar una respuesta a la cuestión planteada, dado que se trataba de hechos alegados y, probados (al no estar contradichos) e introducidos en fase de apelación.

Esta cuestión no provocó indefensión en el hoy recurrente, pues nunca ha negado el hecho del traslado de la madre de Salamanca a Alicante, por motivos laborales. Tampoco se discute, en esta sede, que el menor está escolarizado en Alicante, al igual que su hermano de vínculo sencillo.

Por lo expuesto se viola en la sentencia recurrida el art. 24 de la Constitución , al no dar respuesta a una cuestión tan trascendental como es el efecto que produce en el sistema de custodia, el traslado de la madre con el menor a una ciudad distante, por razones laborales, cuando de acuerdo con el art. 752 LEC , la introducción de dicha cuestión era posible en segunda instancia.

Pese a la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, ello no obsta al análisis del recurso de casación, dado que el traslado no es un hecho controvertido, sin perjuicio de las consecuencias que pueda conllevar en orden a la custodia, sobre lo que ambas partes alegan en fase de casación.

#### **Recurso de casación.**

##### **CUARTO** .- *Causas de inadmisibilidad.*

Deben desestimarse parcialmente dado que:

1. Se concretan con claridad los motivos del recurso.
2. Se expone la doctrina jurisprudencial infringida.
3. No se alteran los hechos probados.
4. En su mayor parte los preceptos son homogéneos, salvo lo que se razonará en el primer motivo de casación.
5. No se introducen hechos nuevos, sino que se denuncia la infracción del art. 752 LEC .

##### **QUINTO** .- *Motivo primero, subpunto a).*

Motivo primero, punto a).- Infracción del art. 218 de la LEC con interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de la Sala de lo Civil, sección 1.ª núm. 619/2014, de 30 de octubre . Se recoge en el punto 2 que la motivación se ajustará a las reglas de la lógica y de la razón. sin embargo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca se echa en falta precisamente un razonamiento lógico en lo que respecta a que las dificultades de comunicación entre los padres no parecen insuperables. No hay más que leer la demanda de medidas provisionales presentada por D. Luis Pablo y la demanda de medidas definitivas. Acusa a la madre de ser una mala madre, de «estar loca», o psíquicamente alterada, en el acto del plenario se llegó a comentar por la contraparte que la madre «había tenido intentos autolíticos», lo cual es absolutamente falso, en fin, se vertieron hacia ella tantas descalificaciones que son una pequeña muestra de la real animadversión existente entre los padres del menor.

Debemos declarar la inadmisibilidad de este motivo, dado que cita la infracción del art. 218 LEC , que en cuanto precepto procesal, relativo a la motivación de las sentencias, no puede fundar un recurso de casación ( art 479 LEC ).

##### **SEXTO** .- *Motivo primero, subpunto b y motivo segundo.*

1.- Motivo primero, punto b).- Infracción de los arts. 2, 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , art. 39 de la CE , la Convención de las 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 (Resolución A 3-0172/92, de 8 de julio) y los arts. 68, 70 y 92 que consagran el principio del interés del menor en relación con la sentencia 623/2009, de 8 de octubre . Entendemos que en este caso la Audiencia Provincial de Salamanca no ha tenido en cuenta los parámetros que determinan el interés del menor ni tampoco los suyos propios de sentencias anteriores. Así la sentencia de la sección 1.ª de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 623/2009, de 8 de octubre .

2.- Motivo segundo (señalado como tercero en el escrito).- recurso de casación por infracción de normas conforme al art. 477.2.1.º y 3.º de la LEC . Vulneración del derecho a elegir libremente su residencia contenido



en el art. 19 CE , así como infracción de los arts. 2 , 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , art. 39 de la CE, y el 92 del Código Civil que consagran el principio del interés del menor en relación con la sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1.ª, núm. 748/2014, de 11 de diciembre .

**SÉPTIMO .-** *Decisión de la sala. Custodia compartida .*

Estos dos motivos del recurso se centran en la contradicción que supone la adopción de la custodia compartida cuando hay aproximadamente 500 Km de distancia entre Salamanca y Alicante.

Esta sala debe declarar que se ha infringido en la sentencia recurrida el art. 92 del C. Civil , en cuanto no se tiene en cuenta el interés del menor, dado que establece un sistema de custodia, el compartido, que es incompatible con una distancia tan amplia entre residencias de los progenitores, no habiendo valorado tampoco que Dña. Agustina tiene otro hijo de una anterior relación, hermano por tanto de vínculo sencillo de Romulo ( art. 92.5 C. Civil ).

El concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, no aplicable por su fecha en la primera instancia, pero sí extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara» ( sentencia 658/2015, de 17 de noviembre ).

Mantiene la sentencia de esta sala, de 26 de octubre de 2012 , lo siguiente:

«Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

»Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil , para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil , respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

»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.

»Establece la STS, del 20 de octubre de 2014 , sentencia: 536/2014, recurso: 2680/2013 :

»El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para cumplimentar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado...».

Como se menciona en la sentencia 748/2014, de 11 de diciembre :

1. El cambio de residencia de la madre no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunde en beneficio del menor.



2. El informe psicosocial reconoce aptitud en ambos progenitores.
3. El poder mantener el contacto diario con su nuevo hermano redunda en beneficio del menor.

Asimismo debemos destacar que el cambio de domicilio no es caprichoso sino que se debe a la obtención de un trabajo por Dña. Agustina , que además contará con el apoyo de su propia madre.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación, al haberse acordado en segunda instancia el sistema de custodia compartida con unas circunstancias fácticas que lo hacen imposible, por lo que asumiendo la instancia confirmamos la sentencia de 30 de abril de 2015 dictada por el juzgado de primera instancia núm. 8 de Salamanca (Proc. 1435/2014), en lo que respecta a los alimentos, a la patria potestad, guarda y custodia que se atribuye a Dña. Agustina con respecto a su hijo Romulo , ostentando ambos progenitores la patria potestad.

Con respecto al derecho de visita y medidas accesorias, se resolverá por el juzgado, en ejecución de sentencia, con audiencia de las partes, al haber cambiado la situación fáctica.

**OCTAVO** .- *Costas y depósito.*

No procede imposición de costas de los recursos de infracción procesal y casación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir ( arts. 394 y 398 LEC ).

## FALLO

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

**1.º**- Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Dña. Agustina , contra sentencia de 30 de octubre de 2015, recurso de apelación núm. 324/2015, de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Salamanca . **2.º**- Casar la sentencia recurrida y asumiendo la instancia confirmamos la sentencia de 30 de abril de 2015 dictada por el juzgado de primera instancia núm. 8 de Salamanca (Proc. 1435/2014), en lo que respecta a los alimentos, a la patria potestad, guarda y custodia que se atribuye a Dña. Agustina con respecto a su hijo Romulo , ostentando ambos progenitores la patria potestad. **3.º**- Con respecto al derecho de visita y medidas accesorias, se resolverá por el juzgado, en ejecución de sentencia. **4.º**- No procede imposición de costas de los recursos de infracción procesal y casación, con devolución de los depósitos constituidos para recurrir. 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.