

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación e infracción procesal nº 46/ 2015

S E N T E N C I A N U M . O N C E

Excmo. Sr. Presidente /
D. Manuel Bellido Aspas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D^a. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a ocho de marzo de dos mil dieciséis.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 46/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, de fecha 30 de junio de 2015, y su auto aclaratorio de 15 de julio de 2015 y auto aclaratorio de 22 de julio de 2015, recaída en el rollo de apelación número 28/2015, dimanante de autos de Modificación de Medidas núm. 942/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Ignacio R. L., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a Pilar Morellón Usón y dirigido por la Letrada D^a. M^a Jesús Diez Amoretti, frente a D^a. Silvia O. S., representada por la Procuradora de los

Tribunales D^a. Ana Santacruz Blanco y dirigida por la Letrada D^a. M^a Mercedes Roman Nava, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia num. 16 de Zaragoza la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana Santacruz Blanco, actuando en nombre y representación de D^a. Silvia O. S. , presentó demanda de Modificación de Medidas de Divorcio contra D. Ignacio R. L. , en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que “estimando la demanda, se acuerde procede la modificación de medidas, acordando:

1.- Modificar el régimen de visitas y comunicación del padre con los hijos durante el periodo lectivo recogido en el pacto de relaciones familiares de 8 de febrero de 2.013, fijando en su lugar:

- El padre pasará con los hijos fines de semana alternos, alternando en los fines de semana que le corresponda, uno de semana en el lugar de residencia de los menores, desde el viernes al finalizar la jornada escolar o extraescolar hasta el domingo a las 20 horas, otro en el lugar de residencia del padre, recogiendo y entregando a los menores en el domicilio materno. Los días que configuren puente a efectos escolares se adicionarán al fin de semana, permaneciendo con el progenitor al que corresponda el fin de semana, cuando corresponda al padre un fin de semana que configure puente a efectos escolares podrá pasarlo donde lo considere conveniente, comunicando siempre a la madre el lugar y dirección en la que se encontrará con sus hijos.

- Dos días entre semana, desde la terminación de la jornada escolar hasta las 20 horas, siempre que el padre pueda trasladarse al lugar de residencia de los menores, avisando a la madre con una semana de antelación de los días que realizará la visita.

2.- Fijar una contribución del padre a los alimentos de los hijos por importe de mil doscientos euros mensuales, cantidad que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada al efecto por la madre, y se actualizará con efectos al uno de enero de cada año.

3.- Se extinga el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a los hijos y progenitor custodio desde el momento en que el padre realice un régimen de visitas normalizado con el hijo menor Hugo.

Permaneciendo el resto de las medidas acordadas en el pacto de relaciones familiares de 8 de febrero de 2.013.

Con imposición de costas al demandado en caso de oposición.”

Por otrosí solicitó Medidas Provisionales.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, haciéndolo dentro de plazo tanto el Ministerio Fiscal como la parte demandada, solicitando esta última que se dictara sentencia por la que se desestimase la demanda, conforme a lo siguiente: “se tenga por contestada la demanda deducida de contrario y resuelva en su día la desestimación de la misma con expresa imposición a la actora de las costas causadas manteniendo íntegramente las medidas fijadas en sentencia recaída en autos 107/2013-B2.”

Admitida la contestación a la demanda y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia nº Dieciséis de Zaragoza, dictó sentencia en fecha 1 de octubre de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Que debo desestimar y desestimo la demanda deducida por la Procuradora D^a Ana Santacruz Blanco, en nombre y representación de D^a Silvia O. S., contra D. Ignacio R. L., representado por la Procuradora D^a Pilar Morellón Usón, para la modificación de las medidas definitivas acordadas en Sentencia dictada con fecha 9/04/2013 en el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo señalado con el número 107/2013-B2 de los de este Juzgado, por la que se aprobaba el convenio regulador de fecha 8/02/2013, suscrito por los cónyuges, declaro no haber lugar a la misma, y en su virtud absuelvo a la parte demandada de los pedimentos contra ella deducidos, declarando la vigencia de

las medidas acordadas en la resolución antes referida, y conforme a lo que en la misma se dispone, en sus propios términos.- Sin expreso pronunciamiento en relación a las costas procesales en esta instancia”.

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Santacruz Blanco en nombre y representación de D^a. Silvia O. S., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Dieciséis de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al recurso.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, y comparecidas las partes, dictó sentencia con fecha 30 de junio de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

*“FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por **DOÑA SILVIA O. S.** contra **DON IGNACIO R. L.** y la sentencia a la que el presente rollo se contrae, dictada el 1 octubre 2013 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 16, de los de Zaragoza, debemos revocar y revocamos en parte la citada resolución, que lo es en el único sentido de modificar el régimen de visitas y comunicación padre/hijos durante el periodo lectivo recogido en el Pacto de Relaciones Familiares de 8-2-2013, fijando en su lugar que el padre pasará con sus hijos:*

-fines de semana alternos, alternando en los fines de semana que le corresponda, uno en el lugar de residencia de los menores, desde el viernes al finalizar la jornada escolar o extraescolar hasta el domingo a las 20 horas, y otro en el lugar de residencia del padre, recogiendo y entregando a los menores en el domicilio materno. Los días que configuren puente a efectos escolares se añadirán al fin de semana, permaneciendo con el progenitor al que corresponda el fin de semana.

-Dos días entre semana, desde la terminación de la jornada escolar hasta las 20 horas, siempre que el padre pueda trasladarse al lugar de residencia de los menores, avisando a la madre con una semana de antelación de los días que realizará la visita.

Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.”

A petición de la representación legal de D. Ignacio R. L. se dictó Auto Aclaratorio de fecha 15 de julio de 2015 del siguiente literal:

“LA SECCION SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA ACUERDA haber lugar a la aclaración solicitada por la representación procesal de **DON IGNACIO R. L.** , que lo es en el sentido de que

A) los dos hijos del matrimonio, Iñigo y Hugo, no se desplazaron con su madre a Bilbao, como se dice en el párrafo segundo del FJ segundo, sino que, pese al trabajo conseguido en diciembre de 2013 por doña Silvia en Zamudio (Vizcaya), han seguido viviendo en Zaragoza ininterrumpidamente bajo su custodia.

B) cualquier efecto consiguiente al traslado de doña Silvia a Portugalete (Vizcaya), como puede ser el desplazamiento de los menores y escolarización de los mismos en esa localidad, debe quedar determinado por lo que resuelva el TSJA al conocer del recurso de casación que en su caso interponga don Ignacio R. L., y en tal sentido diferido a ese momento.

C) lo mismo que la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar en Zaragoza.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.”

A petición de la representación procesal de D^a Silvia O. S., en fecha 22 de julio de 2015 se dictó Auto Aclaratorio del siguiente literal:

“LA SECCION SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA ACUERDA haber lugar en parte a la aclaración solicitada por la representación procesal de **DOÑA SILVIA O. S.** que lo es en el único sentido de que, según se manifiesta en el escrito presentado, los menores no han seguido viviendo de forma ininterrumpida en Zaragoza, sino que han residido en Portugalete con la madre, salvo en los momentos en que el padre ha tenido establecido el régimen de visitas, en los que son desplazados a esta Ciudad desde Portugalete.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.”

CUARTO.- La Procuradora Sra. Morellón Usón, en nombre y representación de D. Ignacio R. L. , interpuso ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, recurso de casación e infracción procesal, frente a la sentencia anterior, en base a los siguientes motivos:

“MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL. UNICO.- El motivo que se invoca lo es al amparo del artículo

469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de la normas procesales reguladoras de la sentencia, al conculcarse lo dispuesto en el artículo 218.1 y 218.2 del mismo texto legal.”

MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN FORAL. “Primero.- Infracción de los Arts. 76.3.a en relación con el 80.2 CDFA (FAVOR FILII). Segundo.- Infracción del Artículo 76.5 del CDFA por vulneración del principio de lealtad en beneficio del menor (Artículo 76.5), en relación con el de buena fe (artículo 7 del código civil). Tercero.- Vulneración del artículo 76.3.b en relación con el 75.2 (derecho del padre a la igualdad en las relaciones familiares).

Por otrosí se solicitó el recibimiento a prueba.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Zaragoza acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, comparecidas las partes, se nombró Ponente.

Por la representación procesal de D. Ignacio R. L. se presentó escrito por el que se solicitaba ciertas medidas respecto a los menores. Dada cuenta al Magistrado Ponente, se resolvió por providencia de 16 de septiembre remitir testimonio de dicho escrito junto con la sentencia tanto de primera instancia como de la Audiencia y sus autos aclaratorios, al Juzgado de Primera Instancia nº 16 a los efectos procedentes.

Por providencia de fecha 5 de noviembre de 2015, se acordó lo siguiente:

“Visto el escrito de recurso interpuesto por la representación de D. Ignacio R. L. contra la sentencia de 30 de junio de 2015 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, aclarada por autos de 15 y de 22 de julio de 2015, considera la Sala que el mismo podría incurrir en alguna causa de inadmisión el motivo de infracción procesal por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 473.2 LEC, óigase a las partes para que en el plazo de diez días formulen las alegaciones que estimen pertinentes sobre la concurrencia de la siguiente posible causa de inadmisión:

Se formula un único motivo de infracción procesal *“al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas reguladoras de la sentencia al conculcarse lo dispuesto en el artículo 218.1 y 218.2 del mismo texto legal por falta de motivación y no estar ajustada a las reglas de la lógica y de la razón porque la sentencia objeto de recurso parte de un error capital, consistente en dar por sentado que los hijos de los litigantes se trasladaron con la madre a vivir a Portugalete cuando ésta pasó a trabajar en la localidad de Zamudio, yendo con ello en contra de lo expresamente admitido por las partes, sin que en el litigio haya sido hecho controvertido cuál era el lugar de residencia de los menores, pues a lo largo del procedimiento nadie cuestionó que era Zaragoza el lugar en el donde los niños han residido desde su nacimiento”*.

El motivo del recurso incide en que el error de partida de dar por supuesto el traslado del domicilio de los niños a Portugalete lleva en la sentencia y autos aclaratorios a una conclusión arbitraria e ilógica, pero no lo incardina en los apartados 1 y 2 del artículo 218 de la LEC, pues no explica en qué medida, respecto al primero, puede haber falta de exhaustividad y congruencia y, respecto al segundo, la supuesta falta de motivación, cuando en el desarrollo del motivo parece referirse a error en la valoración de la prueba que podría llevar a una conclusión equivocada, lo que no significaría falta de motivación.

Lo anterior podría constituir causa de inadmisibilidad del recurso del artículo 473.2.2º LEC, por carecer manifiestamente de fundamento.”

Dentro de plazo, las partes presentaron escritos de alegaciones en apoyo de sus pretensiones.

Por Auto de 3 de diciembre de 2015 se admitió a trámite el recurso de casación, inadmitiéndose el motivo único de infracción procesal, y no dando lugar al recibimiento a prueba ni a la aportación de documentos, que fueron devueltos.

Conferido el oportuno traslado, las partes presentaron escritos de oposición, dentro de plazo, tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 10 de febrero de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actora y demandado contrajeron matrimonio en Getxo (Vizcaya) el 12 de julio de 2008. De esta unión nacieron dos hijos, Iñigo, el 9 de noviembre de 2010, y Hugo, el 5 de diciembre de 2012.

El matrimonio quedó disuelto por sentencia de 9 de abril de 2013 del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza (Procedimiento de mutuo acuerdo 107/2013), que aprobó el Pacto de Relaciones Familiares suscrito por los cónyuges el 8 de febrero de 2013.

En lo que afecta a este procedimiento, respecto al domicilio, custodia y régimen de visitas, acordaron lo siguiente:

“ESTIPULACIONES

I.- DOMICILIO CONYUGAL.

Ambos cónyuges se reconocen, mutua y recíprocamente la más completa libertad para fijar sus respectivos domicilios y regirlos con absoluta independencia, sin más obligación que comunicarse el mismo al otro cónyuge de forma fehaciente.

El domicilio conyugal, se encuentra en Zaragoza, calle C. O. G. , número 7, 2º A y el uso del mismo se le atribuye a la esposa y los hijos que conviven con ella por un plazo de cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia.

La señora O. abonará todos los gastos del uso de la vivienda, comunidad de propietarios, luz, agua, gas, etc. Ambos cónyuges como propietarios que son de la vivienda, abonarán por mitad, el Impuesto de Bienes Inmuebles, el seguro del hogar, las derramas extraordinarias y el seguro de la caldera.

II.- HIJOS DEL MATRIMONIO

Los hijos menores habidos en el matrimonio quedarán bajo la guardia y custodia de la madre siendo la autoridad familiar compartida por ambos progenitores.

Ambos progenitores acuerdan que en el plazo de cuatro años a contar desde la fecha de la sentencia, la guarda y custodia de los menores será compartida y en su momento se revisará el régimen de estancias y vacaciones que sea mejor para sus hijos.

III.- RÉGIMEN DE VISITAS

Los esposos acuerdan, en beneficio de los hijos, que su padre pueda comunicar con ellos y tenerlos en su compañía sin más límite que no interferir en los horarios escolares y de descanso de los hijos y con carácter mínimo, el régimen de visitas será el siguiente:

Hasta que el hijo menor, Hugo, cuente con 18 meses de edad, el padre podrá tener a su hijo Iñigo los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o guardería hasta el domingo que lo recogerá la madre en el domicilio del padre.

Durante este periodo, a su hijo Hugo lo tendrá los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio de su hermano Iñigo hasta el 20 horas, el sábado desde las 12 horas de la mañana hasta las 20 horas y el domingo desde las 12 horas de la mañana hasta las 20 horas siendo la madre la que lo recogerá en el domicilio del padre.

Entre semana el padre también podrá tener en su compañía a sus hijos tarde del lunes desde la salida del colegio o guardería hasta las 20,30 horas que lo devolverá en el domicilio de la madre, esta semana será la semana que al padre no haya disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior. La semana que el padre haya disfrutado a sus hijos el fin de semana anterior, la tarde de visitas será el jueves desde la salida del colegio o guardería hasta las 20.30 horas que lo devolverá en el domicilio de la madre.

Cuando el hijo menor, Hugo, cumpla 18 meses de edad, el padre podrá tener en su cumpla a sus hijos desde el viernes a las salida del colegio hasta el lunes por la mañana que lo devolverá en el colegio o guardería.

Asimismo, entre semana podrá tener a sus hijos la tarde del lunes desde la salida del colegio o guardería hasta el día siguiente que los devolverá en el colegio o guardería, esta semana será la semana que el padre no haya disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior. La semana que el padre haya disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior, el día de visitas será desde el jueves a la salida del colegio guardería hasta el viernes por la mañana que los devolverá en el colegio o guardería a la que asistan los menores.

Los puentes del calendario escolar se añadirán al fin de semana que corresponda a cada progenitor.

Cualquier cambio en el régimen de visitas establecido de fines de semana deberá comunicarse por cualquiera de los progenitores con 48 horas de antelación.

El cumpleaños de cada uno de los menores debiera ser compartido por cada uno de los progenitores al 50% con independencia del régimen de visitas establecido.

Los menores compartirán el día de cumpleaños de cada uno de los padres con el progenitor en cuestión, con independencia del régimen de visitas establecido.

En cuanto al día de la madre y del padre compartirán íntegramente ese día con cada uno de los padres en cuestión, con independencia del régimen de visitas establecido.”

En fecha 18 de diciembre de 2013 la Sra. O. presentó demanda de modificación de medidas por sus nuevas circunstancias, concretadas fundamentalmente en su deseo de trasladarse a su localidad de origen en Portugalete (Vizcaya) donde habría encontrado una posibilidad de trabajo (según comunicación al Sr. R. en noviembre de 2013). Solicitaba por ello la modificación del régimen de visitas de modo que el padre pasaría con los hijos los fines de semana alternos, uno de ellos en el lugar de residencia de los menores y otro en el de la residencia del padre, y de la misma forma los dos

días entre semana siempre que el padre pudiera trasladarse al lugar de residencia de los menores. Solicitaba también una contribución del padre a los alimentos de los menores de 1.200 euros mensuales y la extinción del uso de la vivienda familiar que tenía atribuido junto con los hijos.

El demandado negaba en su escrito de contestación la posibilidad de modificación de medidas porque la solicitud obedecía únicamente a la voluntad y conveniencia de la actora, habiéndose visto obligado el demandado a solicitar medidas cautelares al Juzgado que, tras comparecencia de las partes y del Ministerio Fiscal, terminaron mediante auto de 5 de diciembre de 2013 (documento 22 de la demanda), que decretó el sobreseimiento del expediente porque, según manifestación de la madre, su domicilio no se modificaría hasta que no hubiera acuerdo o resolución judicial, provisional o definitiva, en primera instancia.

La sentencia de primera instancia considera que el régimen de visitas que se postula en la demanda no puede entenderse como adecuado para las circunstancias concurrentes pues implicaría la práctica imposibilidad de la efectiva ejecución del régimen de visitas propuesto, sobre todo respecto a los días entre semana, al exigir al padre el traslado a dicha localidad distante más de trescientos kilómetros desde su residencia en Zaragoza. En el fundamento segundo cita la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 2014 (sentencia 18/2014, recurso 3/2014) en la que se expone la doctrina sobre los requisitos para que la modificación de medidas pueda ser adoptada “*cuando concurren causas o circunstancias relevantes*” (artículo 79.5 del CDFA), en términos menos exigentes que los del artículo 91 del Código civil (“*cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*”). Recoge los requisitos de la alteración de circunstancias para que pueda concederse la modificación, expuestos en la citada sentencia 18/2014:

“a) Que se haya producido, con posterioridad a dictarse la resolución judicial que la sancionó, un cambio en la situación fáctica que determinó la medida que se intenta modificar.

b) Que dicha modificación o alteración, sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias meramente accesorias o periféricas. Que haga suponer que de haber existido al momento del divorcio se habrían adoptado medidas distintas.

c) Que tal cambio sea estable o duradero, con carácter de permanencia, y no meramente ocasional o coyuntural, o esporádica.

d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas.”

Se recogen también en la sentencia del Juzgado otras dictadas por distintas Audiencias Provinciales, entre otras la de Zaragoza de 29 de julio de 2014, que requieren que la modificación de circunstancias sea permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, y *“que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación, ni preconstituída”*. En el mismo sentido se cita la sentencia de 27 de junio de 2014 de la A.P. de Pontevedra, por su similitud con el caso que se resuelve.

En el fundamento tercero recuerda la sentencia del Juzgado el contenido del artículo 75.2 del CDFA sobre la finalidad de promover, en los casos de ruptura, unas relaciones continuadas de los padres con sus hijos, y el del artículo 76.3 sobre los derechos de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular, y el correlativo de los padres respecto a sus hijos menores, y, finalmente, el artículo 76.2 sobre la adopción de la medidas relativas a los hijos menores en atención al beneficio e interés de los mismos. Se pone de relieve que la modificación solicitada pretende la del régimen de visitas del padre acordada en el pacto de relaciones familiares otorgado el 8 de febrero de 2013, destacando que no se pide de forma expresa que se autorice a la demandante a trasladarse con sus hijos a más de 300 kms. de Zaragoza *–“por más que ello esté presente en toda la resultante fáctica del escrito rector del procedimiento”-*, por lo que tal posibilidad es la cuestión principal del litigio.

Considera la sentencia, en cuanto a la necesidad del traslado de la madre por motivos laborales, que la modificación de medidas no debe ser imputable a la propia voluntad de quien la solicita y que está acreditado que tenía trabajo en Zaragoza, adecuadamente remunerado, y que el traslado afectaría a los menores y a su derecho al contacto directo con los padres, cuestionando gravemente el derecho del padre a la participación responsable en la crianza y educación de sus hijos (artículo 75.2) y a su derecho a la igualdad en las relaciones familiares (artículo 76.3). Respecto a la modificación del régimen de visitas, afirma que el pacto de relaciones familiares fue suscrito en fecha tan cercana que impide considerar el mero

paso del tiempo como un factor que en este caso pueda entenderse suficiente para contemplar la modificación que se insta, además de que la necesidad de traslado por motivos laborales -los familiares le parecen evidentes- no aparece acreditada pues no consta una oferta firme de trabajo. Por todo ello desestima la demanda.

SEGUNDO.- La sentencia de apelación parte en su segundo fundamento de la siguiente consideración sobre el hecho del traslado de la actora y sus hijos a Portugalete:

“SEGUNDO.- Del conjunto de la demanda, en la que la cuestión no se plantea expresamente, pero trasluce y en todo caso se puso de manifiesto en los momentos iniciales del juicio, se desprende, en lo que respecta a visitas y comunicaciones, que la lectura de los pedimentos del suplico ha de hacerse a partir de la vuelta de la Sra. O. al que fue su domicilio en Portugalete –el de sus padres- y de la obtención en diciembre de 2012 de un contrato de trabajo en Zamudio como Ingeniera –la Sra. O. lo había hecho hasta entonces en Zaragoza-, tras el cual los dos hijos del matrimonio se desplazaron con ella, de modo que, como se apunta en la resolución recurrida, lo que se somete a decisión es la posibilidad del traslado de la actora a Portugalete, con modificación del régimen de visitas a favor del padre, pero mantenimiento de la guarda y custodia que en el Pacto de Relaciones Familiares suscrito el 8-2-13 se le atribuyó sobre sus dos hijos.”

La sentencia rechaza el razonamiento de la actora de que lo pactado en marzo de 2013, sobre la libertad de fijar los respectivos domicilios, le permitiera establecer libremente el suyo en Portugalete, porque en el referido pacto de relaciones familiares las partes dejaron diferida a un plazo de cuatro años la custodia compartida de los hijos, y su estipulación sobre la libertad de fijación del domicilio no iría más allá de fijarlo en Zaragoza o cercanías, no alcanzando al traslado de domicilio a provincia distinta.

Y, frente al alegado artículo 19 de la Constitución sobre la libertad de residencia -dice la sentencia-, debe primar el interés de los menores pues el traslado *“puede comportar un cambio radical en su entorno social y parental, con posibles problemas de adaptación, caso en el que, de afectar el cambio de*

residencia al interés de los menores, merecedores de una tutela preferente, ello podría conllevar un cambio de la guarda y custodia”.

Y continúa diciendo:

“En el caso, actora y demandado contrajeron matrimonio el 12-7-08, tuvieron su primer hijo, Iñigo, el 9-11-2010, se separaron de hecho, cesando la convivencia, en noviembre de 2012, y al mes, el 5-12-2012, nació Hugo, el segundo hijo, firmando el 5-2-13 el Pacto de Relaciones Familiares aprobado por la sentencia de divorcio 8-2-2013. Desde entonces ambos hijos permanecieron bajo la guarda y custodia de la madre, con el régimen de visitas que a favor del padre se señaló en el Pacto de Relaciones Familiares. La vuelta de la Sra. O. a Portugalete se produjo desde luego en ejercicio del derecho a una libertad de residencia que le reconoce el art. 19 de la C.E., sin que conste un uso fraudulento de ese derecho, ni el cambio aparezca como caprichoso, injustificado o perjudicial para los hijos, sino consecuencia y derivación de unas circunstancias razonables, pues razonable es que, habiendo dejado Bilbao y su entorno familiar por razón de matrimonio, la Sra. O. , tan prontamente sobrevvenida la ruptura, con anterioridad incluso al nacimiento del segundo hijo, quisiese volver a su lugar de origen, en el que cuenta con un arraigo personal y familiar y puede conciliar con ayuda de su entorno propio su vida laboral y sus obligaciones como madre, todo ello sin que el traslado de los niños a Portugalete, dada su edad, haya supuesto tampoco riesgo en la adaptación de su vida en otra ciudad, ni desaparición de la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse a través del régimen de visitas establecido.

En consecuencia, concurrente a juicio del Tribunal una causa seria para el cambio, exento este de todo matiz caprichoso o perjudicial para los hijos, la Sala, en desacuerdo con las razones que en la instancia llevaron a la desestimación de la demanda, considera que el traslado de madre e hijos a Portugalete, razonable, justifica la nueva ordenación de las visitas que la demandante propone para los periodos lectivos, sin modificación del régimen de guarda y custodia estipulado en el Pacto de Relaciones Familiares.”

En el fundamento tercero considera la sentencia que el traslado de la madre e hijos a Bilbao, con la consiguiente no utilización de la vivienda, ha de comportar la extinción del uso de la vivienda familiar que en su día se

atribuyó a la esposa e hijos por tiempo de cuatro años. Por el contrario, desestima el aumento de las pensiones por no haberse producido un relevante cambio de circunstancias económicas y laborales del demandado.

En consecuencia, la sentencia estima parcialmente el recurso de apelación y modifica el régimen de visitas en el sentido interesado por la actora.

La parte apelada presentó escrito de aclaración por considerar que la sentencia había cometido el error de entender que había sido trasladada la residencia de los menores a Portugalete con su madre, lo que no había sucedido a pesar de que ella estuviera trabajando para una empresa de Zamudio. Aportaba certificados de los centros escolares de los menores en Zaragoza acreditativos de que ambos niños se encontraban matriculados en el curso 2014/2015, ya terminado, y para el curso 2015/2016. Considera que dicho error vicia la sentencia pues, de haberse establecido como premisa que los niños nunca han dejado de residir en Zaragoza, la conclusión hubiera sido necesariamente la de mantener dicha residencia pues ese es el hilo argumental de la resolución.

El auto de la Audiencia de 15 de julio de 2015 contesta la petición de aclaración diciendo en su único fundamento de derecho:

“UNICO.- El error denunciado, que es cierto, no determina el sentido del fallo, en cuanto a la legitimidad del traslado de doña Silvia a Bilbao, como es de ver en el FJ segundo, pero debe ser aclarado en el único sentido de que Iñigo y Hugo, los hijos no se desplazaron con su madre a Portugalete cuando esta lo hizo, sino que permanecen en Zaragoza, con la lógica y adecuada consecuencia de que las derivaciones que por la actora recurrente quisieran extraerse de lo resuelto, como podría ser el traslado de los menores a Portugalete y escolarización de los mismos en esa localidad, debe quedar determinado por lo que resuelva el TSJA al conocer del recurso de casación que en su caso interponga don Ignacio R. L, y en tal sentido diferido a ese momento. Y en el mismo sentido la extinción del uso de la vivienda familiar, que ya se pidió “desde el momento en que el padre realice un régimen de visitas normalizado con el hijo menor, Hugo”.

En base a lo anterior la sentencia aclara la sentencia en el sentido de que:

“A) los dos hijos del matrimonio, Iñigo y Hugo, no se desplazaron con su madre a Bilbao, como se dice en el párrafo segundo del FJ segundo, sino que, pese al trabajo conseguido en diciembre de 2013 por doña Silvia en Zamudio (Vizcaya), han seguido viviendo en Zaragoza ininterrumpidamente bajo su custodia.

B) cualquier efecto consiguiente al traslado de doña Silvia a Portugalete (Vizcaya), como pueda ser el desplazamiento de los menores y escolarización de los mismos en esa localidad, debe quedar determinado por lo que resuelva el TSJA al conocer del recurso de casación que en su caso interponga don Ignacio R. L, y en tal sentido diferido a ese momento.

C) lo mismo que la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar en Zaragoza.”

La parte apelante, a su vez, solicitó aclaración porque los menores “han residido en Portugalete con la madre, eso sí, salvo en los momentos en que el padre tenía establecido el régimen de visitas (que incluían días entre semana, y por tanto los menores tenían que desplazarse a Zaragoza entre semana, para que no se incumpliera el régimen de visitas)...”. Solicitaba la aclaración “en el sentido de que los menores han estado en Zaragoza para el cumplimiento del régimen de visitas, residiendo el resto del tiempo con la madre en Portugalete y que, no estando ninguno de los dos en edad escolar, el pequeño ni siquiera de preescolar, se aclare qué se entiende por escolarización y en qué afecta a dos menores de 4 y dos años, es decir, que no se encuentran en edad escolar, así como que se aclare que el contenido del fallo de la sentencia en modo alguno queda modificado ni alterado por el auto de aclaración, en tanto no se dicte otra sentencia que lo modifique.”

El auto de la Audiencia de 22 de julio de 2015 explica en su fundamento de derecho único que procede acoger la primera petición *“en el único sentido de recoger lo que es manifestación de la solicitante de la aclaración. La segunda no requiere aclaración ninguna, pues quien la solicita percibe sin duda lo que se dice y cuál es el problema, por encima de la vulgarización de la palabra, referida a dos niños de 4 y 2 años. Y en cuanto a la tercera petición, el auto dice lo que dice, y se mantiene, máxime cuando su alcance pierde fuerza si es que, como se dice en el escrito presentado, el centro de las visitas permanece localizado en Zaragoza, y se respeta”*.

Por ello, en la parte dispositiva acuerda haber lugar en parte a la aclaración *“en el único sentido de que, según se manifiesta en el escrito presentado, los menores no han seguido viviendo de forma ininterrumpida en Zaragoza, sino que han residido en Portugalete con la madre, salvo en los momentos en que el padre ha tenido establecido el régimen de visitas, en los que son desplazados a esta Ciudad desde Portugalete”*.

TERCERO.- La parte apelada interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero fue inadmitido mediante auto de 3 de diciembre de 2015, quedando admitido el de casación en sus tres motivos.

En sus respectivos escritos de oposición tanto el Ministerio Fiscal como la parte recurrida alegaron, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso de casación, lo que debe ser resuelto en este momento dado que cabe alegar en los escritos de oposición (artículo 485 LEC) las causas de inadmisibilidad que no hayan sido ya rechazadas por el Tribunal.

Alega la representación de la Sra. O. que la parte recurrente afirmó la recurribilidad de la sentencia por haber sido dictada en asunto cuya cuantía era imposible de calcular ni siquiera de modo relativo (artículo 2.1 de la Ley 4/2005), olvidando –dice– que dicho apartado está regulando los procedimientos determinados por su cuantía, lo que no sucede en el presente caso en que el procedimiento de modificación de medidas no viene determinado por la cuantía sino por la materia, sin que haya de ser fijada la cuantía ni la misma ha de afectar al procedimiento.

Ha de recordarse a este respecto que la regulación del recurso de casación en la Ley aragonesa 4/2005 tuvo como finalidad expresa (párrafo tercero de su Preámbulo) la creación de jurisprudencia por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, lo que era dificultado por el escaso número de asuntos que accedían al recurso de casación, en gran medida por su escasa cuantía.

Razón por la que el tope inferior de la misma fue situado en 3.000 euros, permitiendo el acceso también en aquellos asuntos en los que resulte imposible de calcular ni siquiera de modo relativo. Se trataba en este último caso de evitar la restrictiva interpretación del Tribunal Supremo conforme a

la cual quedaban excluidos del recurso de casación aquellos asuntos cuya cuantía hubiera quedado indeterminada (los del artículo 253.3 LEC en los que fuera imposible determinar su cuantía, siquiera de forma relativa, para remitirlos a la tramitación del juicio ordinario, pero excluidos del recurso de casación). Permitiendo el legislador aragonés, incluso, el acceso a la casación de los asuntos de cuantía inferior a 3.000 euros cuando el asunto presente interés casacional, que puede invocarse aunque la determinación del procedimiento se hubiese hecho en razón de la cuantía (artículo 2.3 de la Ley 4/2005), y no solo por razón de la materia. Por lo tanto, en nuestro recurso de casación pierde sentido que la determinación del procedimiento se haya hecho por razón de la cuantía o por razón de la materia.

La existencia de interés casacional ya no tendría relevancia si resulta admisible el recurso por ser de cuantía imposible de calcular siquiera de forma relativa. En todo caso, el artículo 3.3 considera que el interés casacional existe si se aplican normas civiles aragonesas con menos de cinco años de vigencia, como es el caso, siempre que no exista doctrina jurisprudencial relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal también alega como causa de inadmisibilidad que no indica la parte recurrente la norma sustantiva infringida, que debería ser el artículo 80.1, párrafo tercero, por tratarse de asunto sobre régimen de visitas y comunicación del padre con los hijos, sino que fundamenta el primer motivo en el artículo 76.3.a) en relación con el artículo 80.2 (custodia compartida), el segundo en el artículo 76.5 en relación con la buena fe (artículo 7 Cc.), y el tercero en el artículo 76.3.b) en relación con el artículo 75.2 (igualdad de relaciones familiares).

Para fundamentar el recurso de casación en infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso (artículo 477.1 LEC), en nuestro caso normas del Derecho civil aragonés (artículo 1 de la Ley aragonesa 4/2005), las sentencias recurribles habrán debido aplicar las mismas, de forma que el tribunal casacional pueda cumplir su función nomofiláctica de comprobar su correcta aplicación y conseguir la unificación en la interpretación de tales normas. Salvo en el caso de alegarse infracción

por inaplicación de normas, en el que se señalará la no aplicada, o indebidamente aplicada.

En la sentencia recurrida de 30 de junio de 2015 dictada por la Sección Segunda de la Ilma. Audiencia de Zaragoza, el único precepto que se cita es el artículo 19 de la Constitución Española (derecho de los españoles a elegir libremente su residencia), que se reconoce a la apelante pero considerando que no resuelve la petición de la misma porque debe primar el interés de los menores, y centra la cuestión a resolver en *“la procedencia o improcedencia de pasar aquéllos (los menores) a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical en sus entornos social y parental, con posibles problemas de adaptación, caso en el que, de afectar el cambio de residencia al interés de los menores, merecedores de una tutela preferente, ello podría conllevar un cambio de la guarda y custodia”*. Así pues, para la sentencia el problema va más allá del régimen de visitas por la trascendencia del cambio de residencia de los menores que puede modificar el régimen de guarda y custodia, para lo que debe primar su interés.

Al tribunal de apelación corresponde un nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante el de primera instancia para, en su caso, la revocación de la resolución recaída con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas en la demanda (artículo 456 LEC), y la sentencia que dicte deberá pronunciarse sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación (artículo 465.5 LEC).

Los preceptos legales que cita el recurso de apelación interpuesto por la representación de la madre son: Específicamente el artículo 19 CE, globalmente la Sección 3ª del Capítulo II del Título II del CDFA (artículos 75 a 84), los artículos 63, 64 y 65 del CDFA sobre el deber de crianza y autoridad familiar, y los artículos 75.2 y 76.3 por referencia a la cita de los mismos en la sentencia de primera instancia. Se reseña también en el escrito de recurso la sentencia de 7 de marzo de 2007, nº 113/2007, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sobre visitas, en la que se afirma la necesidad de que las medidas tuitivas relativas a los hijos deberán ser resueltas por el juez aun cuando las partes no se las hubieran solicitado, por tratarse de elementos de *ius cogens* derivados de la especial naturaleza

del derecho de familia. También se argumentaba en el recurso de apelación, sin cita de preceptos legales, sobre el pacto de relaciones familiares suscrito entre los cónyuges y su posible modificación.

El Ministerio Fiscal echa en falta en el escrito del recurso de casación la cita del artículo 80.1, párrafo tercero, del CDFA, porque la sentencia recurrida resuelve sobre un régimen de visitas y comunicación del padre con los hijos. Se puede constatar que dicho precepto no es citado ni en las sentencias de primera instancia y de apelación, ni en los escritos de demanda y contestación, ni en los de interposición del recurso de apelación ni en el de oposición al anterior. Sin duda, su cita en el recurso de casación podría ser pertinente, pero exigiría construir el recurso sobre la interpretación que debiera hacerse de un precepto que a lo largo de todo el proceso no ha sido específicamente citado por nadie.

Los motivos del recurso de casación se fundan en normas citadas específicamente por la sentencia de primera instancia, con base en las cuales fue desestimada la modificación del régimen de visitas y comunicación acordado en el pacto de relaciones familiares, sin que en la sentencia de apelación la aplicación de tales normas haya sido cuestionada. Por otra parte, el recurrente en casación impugna lo resuelto por la Audiencia no solo en cuanto al concreto régimen de visitas sino al más amplio del régimen de comunicación de los padres con los hijos, estableciendo una concreta relación del mismo con el régimen de custodia compartida preferente según el artículo 80.2 CDFA (motivo primero), en cuanto pudiera resultar afectado al así previsto en la estipulación II del pacto de relaciones familiares a partir de del 9 de abril de 2017 (cuatro años desde la fecha de la sentencia que lo aprobó).

En definitiva, será al resolver los motivos del recurso de casación cuando pueda comprobarse si los preceptos señalados en los mismos permiten, en su caso, su estimación, pero en el trámite de resolver sobre su admisibilidad deben ser aceptados como pertinentes para fundar el recurso de casación interpuesto.

QUINTO.- El primer motivo del recurso de casación denuncia infracción del artículo 76.3.a), en relación con el artículo 80.2 del CDFA (FAVOR FILII).

El presupuesto del motivo es que la sentencia recurrida parte del error de que los niños llevan (en julio de 2015) casi dos años en Portugalete y de que tal situación no les ha perjudicado, pero –afirma el recurrente– la premisa es errónea pues los niños no han dejado de vivir en Zaragoza desde que nacieron.

Esta circunstancia fáctica –si los niños se trasladaron, o no, con su madre a Portugalete–, era también el presupuesto del motivo de infracción procesal en el que se invocaba vulneración del artículo 28.1 y 218.2 LEC, por falta de suficiente motivación de la sentencia y por no estar ajustada a las reglas de la lógica y de la razón. El motivo así formulado fue inadmitido en el auto de esta Sala de 3 de diciembre de 2015 porque no explicaba el recurrente la falta de exhaustividad y congruencia (artículo 218.1 LEC), y falta de motivación (artículo 218.2) de la sentencia, pues no habría incongruencia (discordancia entre lo pedido y lo resuelto) aunque pudiera resultar incoherente, ni falta de motivación pues el auto de la Audiencia de 15 de julio de 2015 aclaró la cuestión del (no) traslado, pero motivó que la consecuencia sobre el traslado de los menores y su escolarización en Portugalete debía quedar determinado por lo que resolviera el TSJA al conocer del recurso de casación.

El auto, en definitiva, admitió el error dejando sentado que los niños habían seguido viviendo en Zaragoza ininterrumpidamente, si bien con la precisión de que ello no determinaba el sentido del fallo en cuanto a la legitimidad del traslado de D^a Silvia, pero que lo relativo al traslado de los niños sería determinado por el TSJA. Es decir, se admitía la legitimidad del traslado personal de la madre pero sin arrastrar por ello el de los hijos.

Debe examinarse la consecuencia de dicho error, a cuyo efecto recordamos que, como hemos dicho, el fundamento segundo de la sentencia recurrida admite el traslado de la madre pues *“siendo cierto que ese Pacto otorga prioridad a lo acordado en la regulación de las relaciones familiares y que ambas partes establecieron en los referidos términos que ninguna limitación tenía ninguno de ellos a la hora de fijación del domicilio tras la ruptura, si se tiene en cuenta que ambas partes dejaron diferida a un plazo de cuatro años la custodia compartida que dejaban comprometida, no parece que*

la estipulación fuese más allá de domicilios en Zaragoza o cercanías, no alcanzando el traslado de domicilio a provincia distinta”.

Y continúa diciendo: *“La solución tampoco la da el artículo 19 de la Constitución...pues lo que debe primar es el interés de los menores. El problema es la procedencia o improcedencia de pasar aquellos a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical en su entorno social y parental, con posibles problemas de adaptación, caso en el que, de afectar el cambio de residencia al interés de los menores, merecedores de una tutela preferente, ello podría conllevar un cambio de la guarda y custodia”.*

Y, como también ha quedado transcrito, tras afirmar que la vuelta de la Sra. O. a Portugalete se produjo en ejercicio del derecho a la libertad de residencia, sin que conste un uso fraudulento de ese derecho, ni el cambio caprichoso, injustificado o perjudicial para los hijos, la sentencia continúa diciendo: *“...todo ello sin que el traslado de los niños a Portugalete, dada su edad, haya supuesto tampoco riesgo en la adaptación de su vida en otra ciudad, ni desaparición de la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse a través del régimen de visitas establecido”.*

Sin duda, a esa conclusión se llega con la premisa de que los niños habían sido trasladados a Portugalete, sin haber supuesto por ello riesgo en la adaptación. Ya en el párrafo primero del fundamento segundo se había afirmado que se desprende, en lo que respecta a visitas y comunicaciones, *“que la lectura de los pedimentos del suplico ha de hacerse a partir de la vuelta de la Sra. O. al que fue su domicilio en Portugalete..., tras el cual los dos hijos del matrimonio se desplazaron con ella, de modo que lo que se somete a decisión es la posibilidad del traslado de la actora a Portugalete, con modificación del régimen de visitas...”.*

Después, tras afirmar que ni el pacto de relaciones familiares con su previsión de custodia compartida a cuatro años, *“que dejaban comprometida”*, ni el artículo 19 CE autorizaba al traslado de los niños por el cambio radical en sus entornos, lo que *“podría conllevar un cambio de la guarda y custodia”*, se concluye que el traslado de la madre e hijos justifica la nueva ordenación de las visitas. Tal conclusión ya resultaría incoherente a la vista de las cautelas anteriores (pacto de relaciones familiares sobre custodia compartida y artículo 19 CE), salvo que se basara en la expresada afirmación de haberse

producido ya el traslado sin haber afectado a la adaptación de los niños. Pero, tras el auto de aclaración, la incoherencia resulta patente pues la expresada razón de la adaptación de los niños a las nuevas circunstancias, al ser incierta y de tal relevancia, no permite la posibilidad de justificar las nuevas medidas.

Si en la sentencia se amparaba la modificación de medidas en el cambio de residencia de los menores y su adaptación al mismo, no se puede llegar a la misma conclusión tras dejar sentado que no se ha producido el cambio de residencia, pues falta el presupuesto legal (artículo 79.5 CDFA) de la previa alteración de circunstancias para así permitir la modificación de medidas, que es precisamente lo que llevó a la desestimación de la demanda en la primera instancia con expreso fundamento en el contenido de la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 2014 (recurso de casación 3/2014) respecto al artículo 79.5 del CDFA en correspondencia con el artículo 91 Cc.

Aun producido el cambio de residencia de la madre por sus propias circunstancias familiares y laborales, voluntariamente buscadas aunque no fraudulentamente, la sentencia recurrida ya exponía las cautelas a tener en cuenta: el pacto sobre custodia compartida que quedaba comprometido, y el interés de los menores en la posible nueva residencia con los problemas de adaptación y el posible cambio de guarda y custodia. Solo la errónea afirmación de que se había producido el cambio sin problemas de adaptación llevaba a autorizar la modificación de medidas.

SEXTO.- A la vista de lo anterior adquiere relevancia la denunciada infracción del artículo 76.3.a) en relación con el artículo 80.2 del CDFA, que el recurso justifica dándole mayor alcance que lo relativo simplemente al régimen de visitas, pues lo basa en el derecho de los hijos menores a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses, con la perspectiva también de lo dispuesto en el artículo 80.2 sobre el régimen de custodia compartida. Como hemos visto, la conexión con este último precepto la viene a establecer la sentencia recurrida al no amparar en el pacto de relaciones familiares la libertad del cambio de domicilio de la madre, por tener en cuenta el acuerdo sobre la custodia compartida a partir del 9 de abril de 2017, *“que dejaban*

comprometida”, y al cambio radical que podía suponer en los menores, lo que podría conllevar *“un cambio en la guarda y custodia”*.

Efectivamente, se presentaba la modificación del régimen de visitas como mínima, pero llevaba consigo la práctica imposibilidad de cumplimiento para el padre, según afirmaba la sentencia de primera instancia, no solo por tener que pasar uno de los fines de semana alternos en la residencia de la madre y el otro tener que ir a recogerlos allí, sino por el traslado para las visitas entre semana. Además, se comprometía seriamente (si no definitivamente) el pacto sobre la custodia compartida, lo que se percibe sin necesidad de mayores razonamientos pues, fijada en su caso la residencia de los menores en Portugalete bajo la custodia de la madre, fácilmente sería denegada la exigencia de lo pactado sobre custodia compartida si ello implicaba el nuevo traslado de los menores.

El traslado, aun admitido solo respecto a la madre por la libertad en la elección de su domicilio y en su derecho a volver a su localidad de origen, ya implicaba una seria modificación de las comunicaciones con el padre, como se ha dicho. Además, era adoptado de forma unilateral por quien luego solicitaba la modificación de las medidas y vulnerando lo dispuesto en el artículo 76.3.a) del CDFA, que exige, como derecho de los hijos, que ambos progenitores participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses.

A este respecto se cita en este primer motivo del recurso la sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 2015 (recurso 3/2015) en la que, con referencia al interés del menor a considerar en los casos de traslado de residencia, se dice: *“Lo que acaba de señalarse es lo esencial y en lo que debe centrarse la resolución del problema que nos ocupa, y frente a ello resulta secundario establecer si el cambio de residencia de la madre era caprichoso e inmotivado o, por el contrario, era necesario como sostiene con vehemencia la recurrida. Ello no obstante, cabe recordar lo declarado por el TS en sentencias como la de 11 de diciembre de 2014:*

“Dice 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".

Esta doctrina del Tribunal Supremo, que es la que recoge en parte la sentencia recurrida al establecer las cautelas antes reseñadas, plantea las posibilidades de actuación de uno solo de los progenitores en la toma de decisiones fundamentales para los menores, como "el traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio".

El interés del menor (*favor filii*) es invocado por el recurrente vinculado al artículo 76.3.a) del CDFA por considerar vulnerado el derecho de los menores a un contacto directo y regular con su padre, en tanto en cuanto

la decisión de la madre no tenía en cuenta dicho interés, dado el radical cambio de entorno que comportaba. Y también porque, habiendo pactado la custodia compartida a partir del 9 de abril de 2017, ésta resultaría imposible y sería por ello vulnerado el interés de los menores, que es el que preside la preferencia legal de dicho régimen (artículo 80.2 CDFA).

Es evidente que el interés del menor no queda ignorado, sino al contrario, cuando una resolución judicial adopta el régimen de custodia individual precisamente por resultar más beneficioso para él. Pero en el presente caso los padres previeron en su pacto la custodia compartida, y este pacto quedaba comprometido, como decía la sentencia recurrida, por el traslado de los niños a Portugalete. Ya ha dicho esta Sala en varias ocasiones que debe observarse especialmente el respeto a lo pactado por los padres en esta materia, que solo cabe ser modificado por cambio cualitativo en las circunstancias pactadas. Así, la sentencia nº 37/2014, de 19 de noviembre, recurso 14/2014: *“Dicho de otro modo, en el proceso de modificación de medidas hemos de partir de las fijadas en la sentencia de divorcio, que fue acatada por ambas partes, y solo procederá la revisión cuando de los nuevos hechos acreditados resulte un cambio cualitativo de las circunstancias concurrentes que determine la modificación del sistema de guarda y custodia, en interés del menor, y la sentencia de instancia no haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la norma cuya infracción se denuncie”*.

En definitiva, el pretendido traslado de los niños a Portugalete, que comportaría un cambio sustancial en su entorno y en la relación con su padre, sin otra justificación que el voluntario (no forzoso) cambio de residencia de la madre, no tiene en cuenta el interés de los menores y compromete seriamente lo pactado respecto a la custodia compartida de los mismos, por lo que la sentencia recurrida vulnera lo dispuesto en los preceptos citados.

En consecuencia, procede la estimación de este motivo del recurso, lo que conlleva la casación de la sentencia recurrida y su anulación, confirmando íntegramente la recaída en primera instancia.

SEPTIMO.- Estimado el primer motivo, no resulta necesario el estudio de los otros dos, en cuanto se dirigen a apoyar el anterior.

OCTAVO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la estimación del recurso, no procede la imposición de las costas del mismo.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Ignacio R. L.

SEGUNDO.- Casar y anular, dejándola sin efecto, la sentencia de fecha 30 de junio de 2015, y su auto aclaratorio de 15 de julio de 2015, y el auto aclaratorio de 22 de julio de 2015, dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 28/2015.

TERCERO.- Confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en fecha 1 de octubre de 2014, en el autos de Modificación de Medidas num. 942/2013.

CUARTO.- No hacer imposición de costas causadas en el presente recurso.

Con devolución del depósito constituido.

Devuélvanse las actuaciones a la referida Audiencia Provincial juntamente con testimonio de esta resolución, debiendo acusar recibo.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno.



Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando Voto Particular la Magistrada Ilma. Sra. D^a. Carmen Samanes Ara.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA ILMA. SRA. D^a
CARMEN SAMANES ARA

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría, lamento tener que formular voto particular al amparo de lo prevenido en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que baso en las razones que expongo a continuación.

Acepto el encabezamiento y los antecedentes de hecho de la sentencia de la mayoría.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acepto los fundamentos de derecho primero a cuarto de la sentencia de la mayoría.

SEGUNDO.- Previamente al examen de los motivos de casación, he de recordar que, conforme a una consolidada doctrina jurisdiccional, recogida en la sentencia del Tribunal Supremo nº 417/2015, de 29 de junio, la función de la casación no es la de una tercera instancia, sino la de control de la aplicación del derecho a la cuestión de hecho efectuada por la Audiencia Provincial. No se trata, en esta sede, de resolver el conflicto inter partes, ni de proporcionar una solución más adecuada o más razonable que la adoptada por la Audiencia sino únicamente de determinar si la resolución recurrida vulnera o no el precepto o los preceptos que la parte afirma haberse infringido, ya sea por aplicación indebida, inaplicación, o errónea interpretación. Sobre esa base, debe darse respuesta al recurso con estricta sujeción a lo planteado por la parte recurrente, a fin de no causar indefensión a la recurrida.

Debe igualmente recordarse que, en relación con el principio del *favor filii*, el Tribunal Supremo en sentencias como la de 28 de septiembre de 2009 y otras

posteriores ha señalado que, establecido que el interés del menor es el criterio legal de decisión:

“el problema procesal se plantea en torno al órgano que debe apreciar dicho interés, porque como señala la doctrina más autorizada, en esta cuestión, la discusión sobre si se ha aplicado o no la norma fundando la decisión en el interés del menor tiene aspectos casacionales, mientras que la delimitación de la realidad que determina en cada caso concreto cuál es el interés del menor, no los tendrá. Este Tribunal ha considerado que por tratarse de una facultad discrecional del juzgador, en el segundo aspecto no cabe impugnación casacional, a menos que en las actuaciones figuren "esas graves circunstancias que aconsejen otra cosa".

TERCERO.- En el primer motivo del presente recurso se denuncia infracción del artículo 76.3 en relación con el 80.2 del CDFA. El artículo 76.3 consagra el derecho de los hijos menores *a un contacto directo con sus padres de modo regular y a que ambos participen en la toma de decisiones que afecten a sus intereses como consecuencia del ejercicio de la autoridad familiar.* Al margen de las consideraciones que se hacen en el recurso sobre las motivaciones de la madre para trasladarse a Portugalete, arguye la parte que la modificación del domicilio de los hijos les privaría de ese derecho, ya que la distancia entre los de ambos progenitores es de más de 300 kilómetros, por lo que señala que *resultaría ilusorio pretender que quepa dicho contacto.*

El régimen de visitas acordado no comporta vulneración del precepto en cuestión. La norma hace referencia a *un contacto regular*, y eso es lo que se establece en la sentencia puesto que fija un régimen de visitas en fines de semana alternos que, por lo demás, es lo habitual en los supuestos de custodia individual. La materialización del régimen previsto comportará una mayor incomodidad y gasto para el padre, pero eso no equivale a lesión del derecho de los menores.

CUARTO.- En el mismo motivo de casación se denuncia también -con no muy depurada técnica- vulneración del artículo 80.2. Señala la parte: *...la custodia compartida queda seriamente dificultada con el pretendido traslado*

del domicilio de los menores (...). La señora O., que no necesita ni el cambio de trabajo ni el de domicilio, ha buscado deliberadamente imposibilitar ese régimen preferente de custodia compartida que previeron en el PRF con una actuación unilateral, innecesaria y deliberada que impida cumplir lo pactado, que, no se olvide, es el régimen preferente en Aragón.

La parte no tiene razón. Ante todo, el precepto no se infringe en la sentencia recurrida porque no se ha aplicado y no resulta de aplicación, ya que no es objeto del pleito el establecimiento de un régimen de custodia sino la modificación de un régimen de visitas. Pero, además, la recurrente parte de una base de hechos que no se ajusta a la fijada en la sentencia, que precisó que la decisión de la madre no era ni caprichosa ni injustificada. Esta apreciación determina a su vez la improsperabilidad del motivo segundo en el que se denuncia infracción del artículo 76.5 del CDFA por vulneración del principio de lealtad en beneficio del menor en relación con el de buena fe, aduciendo la parte que la madre pretendió, desde la firma del pacto, bien no respetar lo que acordaba, bien tomando esa determinación en pocos meses tratando de llevarse a sus hijos tan pronto como encontró un trabajo en Vizcaya.

Lo que antecede sería suficiente, creo, para desestimar los dos primeros motivos del recurso. No obstante, añadiré que no comparto las consideraciones que se hacen en la sentencia de la mayoría a propósito de la alegación de la parte sobre el error padecido en la resolución impugnada al partir de la premisa de que los niños habían sido ya trasladados a Portugalete. De entrada, entiendo que la denuncia de ese error (después rectificado) no tiene encaje en un motivo de casación. En segundo lugar, el error no tiene –a mi parecer– la trascendencia que se le da en la sentencia de la que disiento. Lo que se dice al respecto en la impugnada, es (fundamento segundo):

“...todo ello sin que el traslado de los niños a Portugalete, dada su edad, haya supuesto tampoco riesgo en la adaptación de su vida en otra ciudad, ni desaparición de la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse a través del régimen de visitas establecido.

En consecuencia, concurrente a juicio del Tribunal una causa seria para el cambio, exento este de todo matiz caprichoso o perjudicial para los hijos, la Sala, en desacuerdo con las razones que en la instancia llevaron a la desestimación de la demanda, considera que el traslado de madre e hijos a Portugalete, razonable, justifica la nueva ordenación de las visitas que la demandante propone para los períodos lectivos, sin modificación del régimen de guarda y custodia estipulado en el Pacto de Relaciones Familiares”.

Así pues, parece que la razón de que la sentencia estime que el traslado no comporta un riesgo para los niños es la corta edad de éstos, más bien que la constatación (pese a que se utiliza la expresión “haya supuesto”) de que los niños se hayan adaptado a Portugalete. Frente a lo que entiende la mayoría, creo que la sentencia de la Audiencia no ampara la modificación acordada en el cambio de residencia de los menores y su buena adaptación al mismo, sino, primero y principalmente, en el traslado (que acepta por entenderlo justificado) de la madre custodia, dado que previamente señala que “... es razonable que, habiendo dejado Bilbao y su entorno familiar por razón de matrimonio, la Sra. O., tan prontamente sobrevenida la ruptura, con anterioridad incluso al nacimiento del segundo hijo, quisiese volver a su lugar de origen, en el que cuenta con un arraigo personal y familiar y puede conciliar con ayuda de su entorno propio su vida laboral y sus obligaciones como madre...”. Y segundo, en la consideración de que ese traslado no es perjudicial para los niños, ya que a) dada su corta edad, no han de tener (o no tienen por qué tener) problemas de adaptación y b) no va a desaparecer la relación con la relación con el padre y entorno paterno, que podrá mantenerse con el régimen de visitas.

En la sentencia de la mayoría, en relación con el primero de los dos autos de aclaración que se dictaron tras la sentencia de apelación se dice que “se admitía la legitimidad del traslado personal de la madre pero sin arrastrar por ello el de los hijos”. Pero, pese a la no muy afortunada redacción de dicho auto, entiendo que no es así; la legitimidad del traslado de la madre sólo se ha planteado -otra cosa no tendría sentido, dada la libertad de elección de domicilio- en la medida en que ese traslado comporta el de los hijos cuya

custodia ostenta. Además, el auto de aclaración no modificó el fallo de la sentencia, donde el régimen de visitas se articulaba en función de la residencia de los hijos en el domicilio materno. Cuestión diferente es que, anunciada por el padre su decisión de recurrir la sentencia de apelación, la decisión final quedaba en manos de la Sala de casación.

Sucede, por otra parte, que si se admite que, en efecto, los niños no han sido aún desplazados a Vizcaya, no cabe hablar de actuación desleal de la madre. Pese a que D^a Silvia no pidió directamente en la demanda que se le autorizase a trasladarlos, lo hizo indirectamente a través de la solicitud de modificación del régimen de visitas, como viene a ponerse de manifiesto en ambas sentencias de instancia. La madre (frente a lo que ocurría en el caso resuelto por la sentencia de 28 de mayo de 2015 a la que haré referencia después) no ha actuado unilateralmente en la toma de decisiones fundamentales para los menores.

QUINTO.- En el tercero de los motivos se denuncia vulneración del artículo 76.3.b del CDFA en relación con el 75.2, por vulneración del derecho del padre a la igualdad en las relaciones familiares. Para la parte, quiebra cualquier criterio de igualdad entre los esposos si uno de ellos, en contra del previo acuerdo de ambos, decide unilateralmente llevarse consigo a los hijos comunes a más de 300 Km de distancia. Pero es que no ha sido así. Como he señalado antes, la madre no ha decidido unilateralmente tal cosa, sino que ha venido a someter el cambio de domicilio de los niños -que sigue al suyo al ser la progenitora custodia- a la decisión jurisdiccional, a través de la petición de modificación del régimen de visitas. Lo que se expresó en la sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2014 que el mismo recurrente cita en su escrito, es que lo que imponen los preceptos referidos es que *cualquier diferencia de trato se halle justificada en razón de las circunstancias concurrentes*.

Podría cuestionarse si es o no contrario al principio de igualdad el establecimiento de un régimen de visitas que pone a cargo del padre todos los gastos derivados del mismo, y además la necesidad de que pase uno de los fines de semana alternos en el lugar de residencia de la madre, pero esta

cuestión no ha sido planteada por la recurrente ni pide subsidiariamente la modificación de este extremo, por lo que no cabe hacer pronunciamiento al respecto.

SEXTO.- El recurrente alude a la sentencia de esta misma Sala de 28 de mayo de 2015, también citada en la que es ahora objeto de mi discrepancia. Pero no estamos ante una situación como la que allí se resolvió. En aquel caso la Audiencia estableció una custodia individual a favor de la madre revocando lo resuelto por el Juez de primera instancia que, después de justificar que ello era lo más conveniente para el menor, había acordado la custodia individual a favor del padre (a salvo que la madre decidiera continuar el de custodia compartida vigente hasta entonces). Y se razonó en la sentencia de casación que procedía la anulación de la impugnada porque en ella la invocación al interés del menor no constituía en realidad la razón o fundamento de la decisión adoptada en el caso, sino más bien un pretexto para autorizar una situación de hecho preexistente. Pero, por cuanto he razonado, no es eso lo que ha sucedido en el caso que me ocupa.

Por lo expuesto, y de acuerdo con lo solicitado por el Ministerio Fiscal, entiendo que el recurso debió ser desestimado.

SÉPTIMO.- Las costas del recurso se rigen por el art. 398 LEC, pero la naturaleza de los intereses en juego y la dificultad casuística que presenta la cuestión aconsejan no hacer aplicación del estricto criterio del vencimiento objetivo.

El depósito para recurrir se rige por la DA 15 LOPJ.

En consecuencia con todo lo dicho, a mi parecer el FALLO debía haber tenido el siguiente contenido:

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de

fecha 30 de junio de 2015, en el rollo nº 28/15, que confirmamos.

2. No hacemos imposición de las costas del recurso.

3. Decretamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en Zaragoza a diez de marzo de dos mil dieciséis.