



Roj: **STS 1383/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1383**

Id Cendoj: **28079110012018100216**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/04/2018**

Nº de Recurso: **2477/2017**

Nº de Resolución: **230/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 292/2017,**
ATS 10862/2017,
STS 1383/2018,
AATS 8112/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 230/2018

Fecha de sentencia: 18/04/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2477/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Álava

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 2477/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 230/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 18 de abril de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de abril de 2017, dictada en recurso de apelación 3/2017, de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Álava, dimanante de autos de juicio de familia para modificación de medidas, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 y número 2 de familia de Vitoria; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Coro, bajo la dirección letrada de Dña. Marta Fernández Hermosilla y representada en las instancias por el procurador D. Luis Pérez Ávila, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Arturo Molina Santiago en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Silvio, representado por la procuradora Dña. María Jesús Mateo Herranz, bajo la dirección letrada de Dña. Sandra Saratxaga Padura y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Silvio, representado por la procuradora Dña. Azucena Rodríguez Rodríguez y bajo la asistencia letrada de Dña. Sandra Saratxaga Padura, interpuso demanda de modificación de medidas contra Dña. Coro y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Que teniendo en cuenta las circunstancias expuestas y las pruebas que se practiquen, declare que lo mejor para la menor es continuar residiendo y estudiando en Vitoria, determinando el régimen de guardia y custodia más conveniente para aquella, y demás medidas necesarias (pensión alimentos, residencia, etc.) para materializarlo, bien acordando atribuir la guardia y custodia de la menor al padre, en tanto la madre resida fuera de Vitoria, bien acordando una guardia y custodia compartida que garantice que la menor resida y estudie en Vitoria en su ikastola, o bien manteniendo las medidas contenidas en la sentencia n.º 83/08 pero con la obligación de la demandada de respetar y pasar por que la menor continúe residiendo y estudiando en Vitoria y ampliación del régimen de visitas del padre. Y ello con imposición de costas a la demandada, si fuera procedente en derecho».

2.- Admitida la demanda y dado traslado al Ministerio Fiscal, este comparece como parte e interesa que previo examen de las pruebas practicadas en el trámite de alegaciones se dicte sentencia:

«En atención a su resultado y con las reservas anunciadas».

3.- La demandada Dña. Coro, representada por el procurador D. Luis Pérez Ávila y bajo la dirección letrada de D. Alberto Redondo Serena, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que se desestime íntegramente la demanda y se absuelva a mi mandante de la pretensión deducida de contrario, con expresa imposición de 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 Vitoria se dictó sentencia, con fecha 25 de octubre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Sra. Rodríguez, en nombre y representación de D. Silvio, contra Dña. Coro, representada por el Procurador Sr. Pérez, debo acordar y acuerdo la modificación de las medidas acordadas en la sentencia 83/08 dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Vitoria en los siguientes términos:

»1.- No autorizar el cambio de domicilio de la menor a la localidad de Oñati, debiendo por ello la madre retornar a la menor a la localidad de Vitoria y en concreto a su antiguo entorno educativo, social y familiar.

»2.- Por ello, el régimen de custodia de la menor establecido a favor de la Sra. Coro se deberá ejercitar en la localidad de Vitoria.

»3.- Establecer el siguiente régimen de visitas de la menor a favor del Sr. Silvio, que será el que libremente pacten las partes y en caso contrario será:

- »- Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar o en su defecto desde las 17.00 horas hasta el domingo a las 20.30 horas.
- »- Visitas entre semana: el padre visitará a su hija:
- »- Cuando esté trabajando en el turno de mañana y de noche, los lunes, miércoles y jueves, desde la salida del centro escolar o en su defecto desde las 17.00 horas hasta las 20.30 horas.
- »- Cuando esté trabajando en el turno de tarde, el padre acompañará todas las mañanas a la menor al centro escolar todos los días.
- »- Los puentes escolares se unirán al fin de semana más próximo y serán disfrutados por el progenitor que le corresponda dicho fin de semana.
- »- Vacaciones escolares de verano: los meses de julio y agosto se dividen por quincenas. A la primera quincena del mes de julio se le adjuntará los días no lectivos del mes de junio y a la segunda quincena del mes de agosto se le adjuntarán los días no lectivos del mes de septiembre. En caso de desacuerdo, el padre elegirá en los años impares y la madre en los años pares; el progenitor que disfrute la primera quincena del mes de julio, no disfrutará la segunda quincena del mes de agosto.
- »- Vacaciones escolares de la menor de Semana Santa y Navidad por mitad e iguales partes: en los periodos vacacionales de Navidad y de Semana Santa, se repartirán por mitad; a falta de acuerdo sobre el reparto efectivo, corresponderá la elección al padre los años impares y a la madre los años pares.
- »Las entregas y recogidas se realizarán en el domicilio materno, salvo las que se realicen en el centro escolar.
- »4.- Manteniendo el resto de medidas acordadas en la sentencia 83/08 dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Vitoria .
- »Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en relación a las costas procesales».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava dictó sentencia, con fecha 20 de abril de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Dña. Coro contra la sentencia 537/16, dictada en el procedimiento de modificación de medidas seguido bajo el número 931/15 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia confirmamos dicha sentencia e imponemos a la recurrente las costas de la apelación».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Coro se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

Motivo único.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 3.º del art. 477-2 LEC , presentando interés casacional la resolución el recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC , por considerar vulnerados los arts. 2 , 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , el art. 39 de la CE , Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño y los arts. 68 , 70 , 92 , 94 , 103 , 154 , 156 , 158 y 159 del Código Civil . E infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 30/2014, de 11 de diciembre y 200/2016 de 31 de marzo .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 22 de noviembre de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. María Jesús Mateo Herranz, en nombre y representación de D. Silvio , presentó escrito de oposición a la casación, con el que aportó como documental a efectos ilustrativos la sentencia de ambos litigantes del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 8 de Vitoria recaída en demanda de modificación de medidas definitivas; a dicho documento se opuso la recurrente mediante escrito de alegaciones. Por su parte el fiscal en su escrito evacuando el traslado conferido en el auto de admisión, finaliza impugnando el recurso de casación interpuesto y solicitando o bien la confirmación de la sentencia recurrida o la atribución de la guarda y custodia de la menor a favor del padre con la fijación de un régimen de visitas a favor de la madre.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 11 de abril de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Antecedentes.

Por la parte demandada se formaliza recurso de casación al amparo art. 477.2 , 3.º LEC , invocando la existencia de oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La sentencia que constituye objeto del presente recurso se dictó en un juicio de modificación de medidas contencioso tramitado por razón de la materia, por lo que el cauce casacional adecuado es el previsto en el art. 477.2 , 3.º LEC , lo que exige al recurrente la debida justificación del interés casacional, en los términos dispuestos en los acuerdos sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptados por esta sala con fechas de 30 de diciembre de 2011 y de 27 de enero de 2017.

El recurso de casación, formulado al amparo del art. 477.2.3.º LEC , se compone de un único motivo en el que se alega la infracción de los arts. 2, 3 y 11 de la LO 1/1996 de Protección del Menor, el art. 39 CE, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989, la Carta Europea de los derechos del niño y los arts. 68 , 70 , 92 , 94 , 103 , 154 , 156 , 158 y 159 CC y la oposición a la doctrina de esta sala contenida en SSTS 30/2014, de 11 de diciembre , y 200/2016, de 31 de marzo , que establecen que el cambio de residencia de la madre custodia no es determinante ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunde en beneficio de la menor.

En su desarrollo sostiene que la sentencia recurrida falla, sin alterar el régimen de guarda y custodia materna, a favor del regreso de la menor a su antiguo domicilio en Vitoria entendiendo que de esta forma no se ha valorado el interés de la menor que trasladó su domicilio a Oñati (a escasos 38 km de Vitoria) en septiembre de 2015, donde se encuentra escolarizada satisfactoriamente y que si bien la decisión materna del traslado fue unilateral y no se contó con el consentimiento del otro progenitor, ello no debe suponer una sanción para todo el núcleo familiar, forzando casi dos años después un nuevo cambio en la vida de la menor que ya está adaptada a su entorno.

La Audiencia, confirmando el criterio del juez de instancia, estima procedente denegar la autorización de cambio de lugar de residencia y centro escolar de la menor y mantener que el régimen de custodia de la menor establecido a favor de la madre, ahora recurrente, se deberá ejercer en la localidad de Vitoria, atendiendo para ello a las circunstancias en que se produjo el cambio de residencia de la menor efectuado por la madre. Destaca que si bien la madre comunicó al padre el traslado de domicilio no se llegó a un acuerdo y el padre expresó su oposición a la escolarización de la menor en Oñati, incumpliendo con el cambio de residencia y colegio de la menor lo pactado en su día en el convenio regulador y eludiendo el procedimiento previsto para dirimir tal cuestión y obtener así la autorización judicial necesaria para el cambio.

Precisa que el traslado por la vía de hecho del lugar de residencia de la menor a una localidad distante más de 30 km ha supuesto una reestructuración del régimen de visitas, cambio de centro escolar, ruptura de vínculos y hábitos en la vida cotidiana de la menor sin tener en cuenta el carácter perjudicial de la imposición en sí misma de una situación en la que previamente se debía valorar la conveniencia del cambio, sus consecuencias, preferencias y deseos, etc..., máxime cuando no ha resultado acreditada la necesidad perentoria o urgencia en llevar a efecto el traslado de la Sra. Coro y de la menor, justificada solo por el trabajo del esposo en Oñati. Luego analiza la situación actual y la oportunidad o forma en que se debe proceder, teniendo en cuenta el interés de la menor, y llega a la conclusión, valorando el informe del equipo psicosocial, que aconseja la reintegración del domicilio de la menor a Vitoria pese al tiempo transcurrido, que lo procedente es confirmar la sentencia recurrida.

Insiste el tribunal de apelación, que lo aconsejable sería que las partes llegaran a un acuerdo para solventar el conflicto de intereses en juego, debidamente explicado a la menor para sosegar y estabilizar su estado anímico y resolver la situación de manera que la menor no se vea en el centro del conflicto generado y no resuelto por sus progenitores.

En consecuencia, mantiene la atribución de la guarda y custodia a favor de la madre que deberá ejercerse en Vitoria y deniega la autorización de cambio de lugar de residencia y centro escolar de la menor, como se acordó en primera instancia, por cuanto el análisis de las pruebas practicadas efectuado en la sentencia de primera instancia es acertado y respeta el interés de la menor.

El Ministerio Fiscal, ante esta sala, solicitó la desestimación del recurso de casación o, en su caso, la atribución de la guarda y custodia de la menor al padre, con la fijación de un régimen de visitas a favor de la madre.

Esta segunda posibilidad fue solicitada por el padre en primera instancia, pero no fue mantenida en apelación ni en casación.

SEGUNDO .- Hechos no controvertidos.

De la relación sentimental de los litigantes nació Ariadna (NUM000 -2006).

Por sentencia 83/2008, de 6 de febrero, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Vitoria, se aprobó el convenio regulador que atribuía la custodia de la menor a la madre, en aquella fecha con un año de edad.

Con fecha 30 de julio de 2015 la demandada informó al actor (D. Silvio) del cambio de residencia de la menor a Oñati, unilateralmente decidido por ella.

Dña. Coro contrajo matrimonio con D. Jaime, relación de la que han nacido dos hijos.

El traslado a Oñati fue motivado por el nuevo trabajo de D. Jaime en dicha ciudad.

En el presente procedimiento de modificación de medidas se acordaron medidas provisionales por auto de 2 de noviembre de 2015.

Las medidas provisionales acordadas, con acuerdo de las partes, mantenían la custodia de la menor con la madre en Oñati, si bien en las visitas intrasemanales (3) era la madre la que llevaba la niña a Vitoria y la recogía. En las intersemanales la madre llevaba la niña a Vitoria y el padre la retornaba el lunes al colegio.

TERCERO. - Causas de inadmisibilidad.

Deben rechazarse las causas de inadmisibilidad, en tanto que el recurso de casación se funda en la violación de la doctrina jurisprudencial, relativa al interés del menor, en caso de traslado de la residencia familiar.

CUARTO. - Sentencia de la Audiencia Provincial.

En la sentencia recurrida de 20 de abril de 2017, consta el siguiente FDD, como segundo:

«Dando por reproducidos los fundamentos de la sentencia de instancia, el recurso debe ser desestimado por cuanto la cuestión de autos se concreta en la determinación de si el cambio de residencia de la menor efectuado por la madre, sin el consentimiento del padre, fue razonable y constituye una situación de hecho irreversible bajo la argumentación de que reintegrar la residencia en Vitoria-Gasteiz es perjudicial para la menor.

»Aun alegado el hecho de que cuando se planteó el traslado del domicilio a Oñati fue comunicado al padre para llegar a un acuerdo, lo cierto es que tal acuerdo no se produjo y el padre expresó su oposición a la escolarización de la menor en Oñati.

»Por tanto la decisión de trasladar sin tal consentimiento el lugar de residencia y centro escolar de la menor significa una infracción del convenio, aceptado bajo la consideración de que ambos progenitores residían en Vitoria-Gasteiz y de la expresa mención que en el mismo se hace a que ambos progenitores "deberán ponerse de acuerdo en aquellos asuntos que afecten sustancialmente a los menores, cuales son el centro donde deben ser escolarizados, viajes o estancias en el extranjero, decisiones relevantes en el orden de salud...".

»Por ello, como destaca la juzgadora de instancia, sin perjuicio del derecho de la Sra. Coro a elegir libremente su lugar de residencia, sin embargo en relación con la menor incumplió el régimen pactado al cambiar su lugar de residencia y centro escolar, sin observar el procedimiento que en su caso debió seguir, conforme al art. 156 del Código Civil, para en su caso justificar el traslado, cuestionar la oposición del padre y, si fuera procedente, obtener la autorización judicial.

»La irreversibilidad de la situación de hecho, residencia en Oñati, se invoca bajo una interesada valoración de lo que representa el interés de la menor y el favor *filii*, que obvia los perjuicios y efectos de una decisión unilateral previa en relación con el traslado a Oñati y la alteración de la situación pactada sin consentimiento ni acuerdo con el padre, ni autorización judicial.

»El traslado a una localidad distante más de treinta kilómetros ha supuesto una reestructuración del régimen de visitas, cambio de centro escolar, ruptura de los vínculos y hábitos en la vida cotidiana de la menor, sin tener en cuenta que lo realmente perjudicial y poco constructivo es la imposición, por la vía de hecho, de una situación en la que previamente se debe valorar la conveniencia del cambio, sus consecuencias, preferencias y deseos etc. para obtener desde el mayor acuerdo posible una solución que en cualquier caso se presente a la menor con la normalidad propia de una razonable gestión de los cambios en la vida cotidiana.

»La negativa a aceptar el cambio del lugar de residencia de la menor es legítima, incluso aunque después se pueda considerar injustificada; sin embargo el traslado del lugar de residencia de la menor sin acuerdo previo es en principio ilegítimo, pues contraviene el convenio y la necesidad de cumplir lo pactado. Pacto cuya modificación requiere de un proceso previo, para acreditar la concurrencia de una alteración sustancial y relevante de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se adoptaron las medidas reguladoras definitivas, art. 90 del Código Civil. Modificación que incluso en caso de urgente necesidad, puede promoverse como medidas coetáneas, conforme al art. 775.3 LEC.

»Por tanto Dña. Coro contaba con medios jurídicos suficientes para prevenir la necesidad o deseo de traslado del domicilio de la menor, y sin embargo optó por la vía de hecho, consciente de que la mera comunicación del traslado, formalmente producida un mes antes, folio 37, no cumplía los requerimientos de consentimiento o autorización por parte del padre de la menor, que expresamente mostró su disconformidad al traslado de centro educativo, folio 38.

»Si bien lo expresado podría justificar la procedencia de recomponer la situación, mediante la reintegración del domicilio y escolarización de la menor en Vitoria, si no se alcanzara un acuerdo, en ningún caso cabe eludir el examen de la situación actual y la oportunidad o forma en que se deba proceder, teniendo en cuenta el interés de la menor.

»Como la propia recurrente alegó, la justificación del cambio de domicilio se hace en base a la necesidad de su marido que debe trasladarse a Oñati, donde obtuvo un puesto de trabajo. En nada se acredita la necesidad inmediata o la urgencia en llevar a efecto el traslado de la Sra. Coro y de la menor. La explicación de la demandada no tiene en cuenta a la menor, sólo hace mención al trabajo de su esposo y resalta las ventajas de la integración de la menor en el seno de la familia extensa de éste.

»Al producirse de facto el traslado, con la oposición del padre, surge una situación de conflicto de lealtades que afecta a la menor, lo cual le produce un estado de ansiedad y una falsa adaptación al nuevo entorno. Así puede deducirse de los informes periciales, correctamente valorados por la juzgadora de instancia, en concreto el informe del equipo psicosocial, que aconseja la reintegración del domicilio de la menor a Vitoria, pese al tiempo ya establecida en Oñati.

»Las referencias a los informes psicológicos y estado emocional de la menor no son sino resultado del conflicto de intereses generado y no resuelto en relación con el traslado del domicilio a Oñati con la oposición del padre.

»Traslado que no responde a ninguna necesidad perentoria e insuperable. No se trata siquiera del trabajo de la propia madre, la distancia con Vitoria no justifica la necesidad absoluta de residir en Oñati para poder desarrollar allí la actividad laboral.

»Las referencias familiares que la demandada expone como argumentos de interés para la menor en su actual residencia se refieren a la familia de su marido, no a la familia de la propia menor.

»La recurrente hace mención a los distintos informes periciales y médicos, sin embargo debemos destacar que más allá de lo informado por la Sra. Tarsila y la Sra. Belinda, el informe del equipo psicosocial se muestra claro y ecuaníme en relación con los intereses en juego, destacando la relevancia del hecho desencadenante de la actual situación, cual es la unilateral decisión del traslado a Oñati, que reiteramos, no era una necesidad perentoria, a diferencia de lo analizado en las resoluciones judiciales que cita la recurrente, donde se contemplan supuestos de cambios de residencia a lugares más distantes, que no permiten un desplazamiento diario, y motivados en hechos que afectan directamente a la madre.

»El informe del equipo psicosocial, reiteramos, se muestra razonable y completo, no descartando la posible residencia de la menor en Oñati como alternativa, si bien en un plano secundario, como mal menor, dado precisamente el conflicto generado al pretender imponer esa solución sin un previo acuerdo, pues en cualquier caso tal situación supone una limitación de las relaciones paterno filiales, como razona la juzgadora de instancia.

»En definitiva, pese a lo resuelto, un acuerdo entre las partes, como referencia para la menor, es la clave que debe sustentar la resolución de la situación y el deseo de la madre de trasladarse con ésta a Oñati, pues al no existir una justificación suficiente, fundada en razones relevantes que permitan asimismo justificar la afectación del derecho a la relación paterna, ejercida tal y como se pactó, sólo mediante un pacto debidamente explicado a la menor es posible sosegar y estabilizar su estado anímico. Indudablemente de esa forma la menor no percibirá en su ánimo dividido estar en el centro del conflicto que concierne a sus progenitores».

QUINTO.- *Motivo único.*

Motivo único.- Al amparo de lo dispuesto en el apartado 3.º del art. 477-2 LEC, presentando interés casacional la resolución el recurso, a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC, por considerar vulnerados los arts. 2, 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, el art. 39 de la CE, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Europea de los Derechos del Niño y los arts. 68, 70, 92, 94, 103, 154, 156, 158 y 159 del Código Civil. E infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo establecida en las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 30/2014, de 11 de diciembre, y 200/2016, de 31 de marzo.

SEXTO.- *Decisión de la sala. Cambio de domicilio de la madre. Interés de la menor.*

Se estima parcialmente el motivo.

La parte recurrente alega que el cambio de domicilio no afectó al interés de la menor, dado que Oñati está a 38 km de Vitoria, estando escolarizada en Oñati en los dos últimos años (computados con la fecha del recurso), no pudiendo sancionarse a todo el núcleo familiar, afectándose al principio de proporcionalidad.

Esta sala en sentencias 748/2014, de 11 de diciembre, y 642/2012, de 26 de octubre, condiciona la autorización de traslado de residencia del menor, a que no quede afectado su desarrollo emocional, la progresión de su personalidad, su estabilidad, el contacto con progenitores y hermanos.

Se aprecia en todas las sentencias de esta sala que como principio rector debe ajustarse la decisión al interés del menor (artículo 39 CE y artículo 92 CC) (STS de 19 de noviembre de 2015, Rc. 2724/2014) y sentencia 5/2017, de 12 de enero .

Se considera en la sentencia recurrida que el cambio unilateral de residencia, sin acuerdo o sin autorización judicial es en principio ilegítima, habiendo actuado la hoy recurrente por la «vía de hecho», lo cual razona la Audiencia Provincial que no exonera del análisis de la situación para posibilitar una actuación en beneficio de la menor.

En la sentencia recurrida se valora que la distancia entre Oñati y Vitoria no justifica la necesidad absoluta del cambio de residencia promovido por la madre.

Esta sala de casación ha de declarar que el cambio de residencia unilateralmente acordado, es reprochable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor.

Es forzoso reconocer que casi tres años después de efectuado el cambio de residencia es difícil abordar la cuestión, dado que la menor se ha enraizado en un nuevo entorno, en un nuevo colegio, con nuevas amigas/ os y vecinos.

En esa nueva ciudad, Oñati, de la que es natural el marido de su madre (D. Jaime), el mismo trabaja en una fábrica, en dicha localidad reside la familia extensa de D. Jaime . También en Oñati están escolarizados en el mismo colegio los dos hermanos (de vínculo sencillo) de Ariadna . Igualmente en el mismo colegio trabaja la cuñada de la hoy recurrente.

De lo expresado se deduce que se ha producido la consolidación de una nueva residencia en Oñati que, en su día, pudo haberse evitado con la adopción de las correspondientes medidas provisionales o cautelares, pero que a estas alturas provoca que no sea aconsejable someter a la menor a un nuevo cambio de ciudad, colegio, amigos y entorno, máxime cuando la escasa distancia entre localidades no impide el contacto del padre con la menor (arts. 92 , 94 y 103 del C. Civil).

Las medidas provisionales acordadas en su día, con acuerdo de las partes, mantenían la custodia de la menor con la madre en Oñati, si bien en las visitas intrasemanales (3) era la madre la que llevaba la niña a Vitoria y la recogía. En las intersemanales la madre llevaba la niña a Vitoria y el padre la retornaba el lunes al colegio.

Será en ejecución de sentencia cuando el juzgado, previa audiencia de las partes, deberá establecer el nuevo régimen de visitas, en el que gastos de desplazamiento no penalicen al padre y de manera que ello no redunde en perjuicio de la menor (sentencia 5/2017 de 12 de enero).

En conclusión, estimando el recurso de casación, procede casar la sentencia recurrida en el sentido de no autorizar el cambio de domicilio de Oñati a Vitoria.

SÉPTIMO .- No procede imposición de las costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

Se mantiene el pronunciamiento sobre costas, de la sentencia del juzgado.

No procede imposición de las costas de la apelación.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Coro contra sentencia de 20 de abril de 2017 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, recurso de apelación 3/2017 .

2.º- Casar la sentencia recurrida en el sentido de no autorizar el cambio de domicilio de la menor de Oñati a Vitoria. Será en ejecución de sentencia cuando el juzgado, previa audiencia de las partes, deberá establecer



el nuevo régimen de visitas, en el que gastos de desplazamiento no penalicen al padre, y de manera que ello no redunde en perjuicio de la menor.

3.º- No procede imposición de las costas de la casación, con devolución del depósito para recurrir.

4.º- Se mantiene el pronunciamiento sobre costas, de la sentencia del juzgado.

5.º- No procede imposición de las costas de la apelación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ