

La responsabilidad parental y el cambio de domicilio del menor por el progenitor custodio (Aportaciones de la sentencia del TS de 26 de octubre de 2012)

Parental Responsibility and Change of a Child's Address by the Parent Who Has Custody

por

M.^a DE LAS VICTORIAS RODRÍGUEZ ESCUDERO
*Profesora Titular de Derecho Civil de la Escuela Universitaria
de la Universidad de Oviedo*

RESUMEN: El ejercicio de la patria potestad presenta un complejo conjunto de derechos y obligaciones, de gran responsabilidad y que adquiere mayor complejidad en los casos de separación o divorcio. La distribución de funciones entre los padres no es una tarea fácil ni pacífica que genera un buen número de enfrentamientos entre las partes a pesar del cuidado con que el juez y el legislador las hayan dispuesto. El establecimiento de acuerdos entre las partes ante la eventualidad de crisis en la pareja es otra forma de abordar el problema por algunas legislaciones más modernas. Dentro de esos deberes, se suscita si el cambio del domicilio por el progenitor custodio le corresponde a él, o si por el contrario, es una decisión común de patria potestad. Las consecuencias pueden ser delicadas, si además el cambio del domicilio es a un país extranjero. La jurisprudencia ha ido interpretando el Ordenamiento de forma que a pesar

de los intereses enfrentados, la primacía sigue siendo atender lo que mejor convenga al menor.

ABSTRACT: The exercise of the parental authority presents a complex set of rights and obligations, of great responsibility and that acquires greater complexity in cases of separation or divorce. The distribution of functions between the parents is not an easy task nor Pacific generated a number of clashes between the sides despite the care with which the judge and the legislature have arranged them. The establishment of agreements between the parties in the event of crisis in the couple is another way to address the problem by some more modern legislation. Within these duties, it raises if the change of domicile to the parent custodian corresponds to it, or if on the contrary, it is a common parental decision. The consequences can be sensitive, if the change of domicile is in a foreign country. The jurisprudence has been interpreting the order in a way that despite the conflicting interests, the primacy continues to be ate.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad. El interés del menor. Domicilio. Conflicto de intereses. Guardia y custodia. Derechos del niño

KEY WORDS: Parental authority. The child's interests. Domicile. Conflict of interests. Guardianship and custody. The rights of the child

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DERECHOS Y DEBERES QUE CONFORMAN LA PATRIA POTESTAD.—III. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO.—IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL CAMBIO DEL DOMICILIO POR EL PROGENITOR CUSTODIO.—V. CONFLICTO DE INTERESES: INTERÉS DEL MENOR Y DEL PROGENITOR.—VI. CRITERIOS DE INTERVENCIÓN ANTE LA FALTA DE ACUERDO DE LOS PROGENITORES EN LA FIJACIÓN DEL DOMICILIO DEL MENOR.—VII. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES QUE DERIVAN DE LA PATRIA POTESTAD.—VIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Pese al esfuerzo realizado en el Derecho español y sea digna de elogio la mejora en general de la legislación en materia de Derecho de familia, y especialmente las de patria potestad cuando los progenitores del menor están separados, sin embargo surgen situaciones que plantean retos distintos, que una vez más

solo se podrán solucionar dando prioridad al interés prevalente del menor. Me referiré al supuesto de separación y el progenitor custodio cambia de domicilio dentro del país o se va al extranjero con el menor sin el consentimiento del otro progenitor y, en su caso de autorización judicial. Los efectos inmediatos se traducen en un régimen de visitas alterado para el progenitor no custodio y una merma en su relación con el menor.

No cabe duda que la situación plantea serias dificultades, y en todo caso las respuestas han de ser resueltas dentro de los Convenios Internacionales de Protección de los Derechos del niño, los textos de la Unión Europea, por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Unión Europea al Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, y el Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹.

Si bien la situación no es nueva, sí es cada vez más frecuente el que los cónyuges cambien de domicilio, produciéndose importantes repercusiones si el traslado de domicilio es en el extranjero y la situación viene precedida de una ruptura matrimonial o de hecho, si entre los deberes de guarda y custodia está el del cambio de domicilio del menor o si por el contrario está en los deberes comprendidos en la patria potestad conjunta. No cabe duda que si existe acuerdo entre ambos progenitores cesa el problema o remite, pero cuando se plantea en toda su dimensión es contra el consentimiento del otro progenitor, que a la vez como primera consecuencia ve alterado notablemente su derecho de visitas. Otro interrogante que se plantea no menor, es el conflicto de intereses entre las tres partes involucradas, el interés del hijo, el del progenitor que tiene la oportunidad de cambiar de ubicación al extranjero, bien sea por una oferta de trabajo, nuevas expectativas de vida o por otros motivos dignos de atención y amparado por el artículo 19 de la CE y el interés del progenitor no custodio.

Sin pretender abarcar la problemática surgida, me parece digna de elogio la STS de 26 de octubre de 2012 que paso a comentar, articulándola con otras anteriores que han hecho posible que una cuestión de la envergadura que tratamos pueda solucionarse de una manera justa, sobre todo haciendo una interpretación de nuestro ordenamiento que no deja dudas, ni vacíos normativos, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

El TS resolvió «la devolución de los autos a la Audiencia para que dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y en su vista acuerde el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable que garantice los derechos de la menor y de sus padres».

Se trata de una doctrina que comienza a ser más reiterada en el Derecho Español que cambia significativamente la tesis mantenida hasta el momento de que al progenitor custodio le corresponde fijar el domicilio del menor a su cargo.

El caso era el siguiente... D. Cirilo, formuló sendas demandas de medidas provisionales y definitivas de guarda, custodia y alimentos respecto de la menor Claudia, nacida de la relación sentimental con D.^a Magdalena. Ponía de relieve que ambos nunca llegaron a convivir y que la ruptura definitiva se produjo a los pocos meses de nacer la menor. Expone, asimismo, diversas vicisitudes de la vida de la pareja desde el nacimiento de la menor, entre otras, el traslado de la madre por motivos profesionales a la ciudad de Nueva York junto con la menor (con el consentimiento paterno) y otro traslado a la misma ciudad durante el cual la menor permaneció con el padre en Valladolid. Durante todo este tiempo, el consenso entre los progenitores sobre la situación de la niña fue total. Ocurre que el padre, llegado un momento determinado, considera que existe una inestabilidad laboral de la madre, que influye negativamente en la formación de la menor Claudia, y revoca el consentimiento dado con anterioridad para que esta se desplace a Nueva York con su madre, insta incluso del Juzgado de Familia una medida de prohibición de salida del territorio, pero al contactar con su expareja, esta le comunica que ya se encuentra en Nueva York con la hija común (el demandante aporta auto del Juzgado de Primera Instancia 10 de Valladolid en que se requiere a la demandada para que se abstenga de viajar fuera del territorio nacional con la menor y ordena la prohibición de la menor de salir del territorio sin autorización judicial). Pretende el actor, entre otras medidas, la atribución de la guarda y custodia de la menor para el caso de que la madre resida fuera de Valladolid y la guarda y custodia compartida para el caso de que la madre residiese definitivamente en Valladolid, solicita un régimen de visitas para la madre, así como pensión de alimentos para la menor.

La sentencia de primera instancia confirmó en su integridad el auto de medidas provisionales (que es la resolución que en definitiva contiene todas las medidas paterno-filiales). Se fija en dicho auto, confirmado por la sentencia, que si la madre residiese en Valladolid se le atribuye la guarda y custodia, con un régimen de visitas ordinario para el padre y pensión de alimentos a su cargo. Sin embargo, si la madre residiese en Nueva York, se le atribuye la guarda y custodia al padre, estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre de un fin de semana completo al mes, así como la mitad de las vacaciones de invierno y de verano, con obligación de abonar pensión de alimentos.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y determinó que la guarda y custodia de la menor se atribuye a la madre, siendo esta la que estará facultada para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija, determinando que el régimen de visitas, para el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York, será *«el que ambos progenitores pactaron y se fijó en la*

resolución recurrida», siendo el régimen de visitas el ordinario mientras la menor viva en Valladolid. Fija también una pensión de alimentos a cargo del padre.

Recorre en casación la parte actora, D. Cirilo, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC 2000 (*La Ley* 58/2000), únicamente respecto del pronunciamiento relativo al régimen de visitas y a la cuestión relativa a si la madre puede unilateralmente fijar el domicilio de la menor o es necesario el consenso con el padre. El escrito del Ministerio Fiscal apoya el recurso.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por el padre, casa y anula la sentencia recurrida y repone las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte.

Si bien la cuestión a tratar incide en considerables ámbitos de patria potestad, custodia compartida, interés del menor, etc., haré un esfuerzo lo más riguroso posible para centrarme en las repercusiones que representa esta sentencia del TS respecto del problema planteado y la solución dada al mismo.

2. DERECHOS Y DEBERES QUE CONFORMAN LA PATRIA POTESTAD

El artículo 156.1º del Código Civil advierte que «la patria potestad se ejercerá conjuntamente, o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad». El último párrafo «si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio» y el art 92.4º decide que los padres podrán acordar en el convenio regulador o el juez decidir que la misma sea ejercida total o parcialmente por uno de ellos, siempre en beneficio de los hijos.

Tal como ha expresado reiteradamente la jurisprudencia, «La patria potestad se configura en la actualidad como una función que deben ejercer los progenitores siempre en interés del menor sometido a ella, tal y como establece el artículo 154 del Código Civil. Según dicho precepto, su contenido sería velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes. Pero este listado debe considerarse meramente enunciativo. El resumen de las obligaciones que comprende se contiene en la primera: «velar por ellos». Es decir, cuidarlos con todo el mimo y atención que requieren, para conseguir un desarrollo físico y de la personalidad acorde con la realidad actual y sus potencialidades. Actuación que

debe realizarse siempre en su beneficio, por encima de los egoístas intereses que en algún momento puedan tentar a los progenitores. En la concepción actual los hijos no son «propiedad» de los padres. Por encima de sus intereses están siempre los intereses de los menores. La guarda y custodia es uno de los elementos que componen las obligaciones de la patria potestad. Es el derecho-deber de tener a los hijos en su compañía, y prestarle la atención inmediata en las necesidades de la vida diaria. Pero no es la atribución en exclusiva de la patria potestad. Ni tampoco de los demás elementos que componen esta institución. Las decisiones importantes que afectan directa y seriamente a la vida del menor, como son mudar el domicilio a otra ciudad, cambiar de centro escolar, suplir su consentimiento para intervenciones quirúrgicas, etcétera, suponen el ejercicio máximo de las facultades de la patria potestad. Por lo que si los titulares no actúan de consuno, deberán solicitar la resolución judicial, conforme prevé el artículo 156 del Código Civil»².

La sentencia objeto de comentario, señala al respecto que «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». La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores³.

En el derecho moderno la doctrina concibe la patria potestad como el conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de la carga que les incumbe respecto a su sostenimiento y educación y que pesa sobre dichos padres; constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo, entre los cuales, nuestro Código Civil señala los de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos; cada uno de cuyos deberes puede sufrir las determinadas limitaciones que los Tribunales juzguen convenientes en interés del menor y en atención a las circunstancias especiales de cada caso concreto. Así la patria potestad está repleta de obligaciones para los padres y de limitaciones en cuanto a su ejercicio para poder cumplir su función principal: el interés del hijo.

3. EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR EL PROGENITOR NO CUSTODIO

En la práctica es frecuente que ambos padres ostenten la patria potestad, pero solo uno tenga la guarda y custodia en casos de separación o divorcio, y

este considera que está autorizado sin más a tomar y adoptar unilateralmente todas las decisiones que afecten a la vida del menor sin consultar con el otro progenitor. A fin de evitar los conflictos que pueden surgir en el ejercicio de la patria potestad es conveniente incluir en el propio convenio qué decisiones puede adoptar el que ostenta en ese momento la guarda y custodia y cuáles han de ser tomadas conjuntamente. Los actos de ejercicio ordinario que puede adoptar unilateralmente el progenitor custodio son los que surgen «en el curso de la vida cotidiana y en la esfera que puede considerarse normal u ordinaria en la educación y desarrollo del menor» y los actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad aquellos que implica tomar decisiones de importancia que afectan a la vida del menor⁴.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO advierte que: «El progenitor que sea guardador de los hijos tiene los derechos y deberes equivalentes al pleno ejercicio de la patria potestad, que son los enumerados en el artículo 154, aunque con una doble limitación: el derecho de visita que tiene el cónyuge no guardador (art. 94) y ciertos derechos de vigilancia y control que se atribuyen a ese otro cónyuge. Lo habitual es que el cónyuge guardador tenga atribuido el ejercicio de la patria potestad, aunque la sentencia podrá establecer que sea ejercida conjuntamente por ambos cónyuges. En cualquier caso, el cónyuge no guardador tiene el derecho-deber de vigilancia, que le permite seguir de cerca y comprobar la forma y diligencia con que el otro cónyuge cuida y educa a los hijos comunes. Este derecho de vigilancia tiene un sentido amplio, y en virtud del mismo el cónyuge no guardador podrá recabar de las otras noticias, sobre la salud física y moral de los hijos, vigilar su educación cívica y religiosa, la marcha de sus estudios, etc. Por lo tanto, el cónyuge guardador está obligado a suministrar esta información y también debe comunicarle las decisiones importantes que vaya a tomar en relación a los hijos»⁵.

Así se manifiesta en reiteradas sentencias «El bienestar de los hijos, las relaciones paterno-filiales y el derecho del progenitor que no tenga consigo sus hijos, piden que aquel a quien no le corresponda tenerlos consigo, pueda mantener una relación con ellos, que debe pretenderse sea lo más enriquecedora posible para ambos; a ello provee el legislador al disponer, en el artículo 94 del Código Civil, que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía»⁶. Más contundente lo es la sentencia de la AP Castellón donde reconoce que «A la hora de abordar la problemática planteada, hemos de partir de una serie de consideraciones básicas». En nuestra opinión, la atribución de la guarda y custodia sobre un menor no conlleva que el titular de aquella tenga la libérrima facultad de decidir, sin limitaciones, el domicilio del menor sometido a dicha guarda y custodia. Tampoco el artículo 156 párrafo último del Código Civil puede interpretarse en forma distinta a la que aquí postulamos, ya que nos parece claro que la previsión contenida en el mismo (cuando dice que «si los

padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel con quien el hijo conviva») se realiza en relación con los actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, no en relación con actos de ejercicio extraordinario de la misma (en cuanto que concernientes a asuntos exorbitantes de lo que es ordinario, como puede ser un asunto tan trascendental para la vida del menor como puede ser un cambio de domicilio que afecte de forma relevante a la vida del menor y a sus intereses»)⁷.

No se trata de reconocer al progenitor no custodio una actitud pasiva, sin contenido, sino una participación en la educación y en los deberes conjuntos que tienen los padres respecto de sus hijos, que aun cuando estén separados se le permitan a ambos involucrarse plenamente en sus responsabilidades. En opinión de CORDERO CUTILLAS sobre la Ley de la Comunidad Valenciana, Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven, establece que, el progenitor no custodio sigue manteniendo sus deberes y responsabilidades para con sus hijos/as, en todos los ámbitos, puesto que debe seguir velando y proporcionando a sus hijos/as toda la protección para que se puedan desarrollar, adecuadamente, tanto física como emocionalmente. Sigue ejerciendo la patria potestad y ello implica la participación, junto con el otro progenitor, en las decisiones más trascendentales e importantes de la vida del menor y ello con total independencia de si habita o no de manera continuada con sus hijos o si tiene o no atribuida la guarda y custodia. Efectivamente, el progenitor custodio decide las cuestiones cotidianas que se produzcan diariamente⁸.

«El beneficio del menor exige que la asunción de riesgos sea mínima cuando no exista causa que lo justifique. Justificación que no se aprecia al existir una plena adaptación de los menores a su actual situación. Ahora bien, desde la perspectiva de relación paterno-filial el cambio de domicilio ha supuesto una considerable disminución de la misma y ello, es perjudicial para el desarrollo afectivo de los hijos. Se había convenido por los progenitores una relación paterno filial intensiva, sin duda conscientes de su importancia, por ello, esta Sala no acoge el criterio del Juzgador de instancia de limitarla por imposibilidad real, sino de compensar esta limitación en los períodos vacacionales con la finalidad de mantener tal relación en niveles similares y con el menor y más adecuado desplazamiento posible, a la par que se efectúa un llamamiento a los progenitores, especialmente a la madre, para que colaboren en su cumplimiento en la forma más adecuada a las circunstancias concretas de cada situación»⁹.

El artículo 160 del Código Civil señala: «Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores...», lo que significa la obligación de garantizar al progenitor custodio la relación personal con el otro progenitor. El concepto «derecho a relacionarse» dispone de una mejor técnica legislativa, debido a que supone otorgar un sentido más amplio a dicha relación al abarcar tanto la visita, comunicación y estancia¹⁰.

Sin embargo se tiene que interpretar en un sentido mucho más amplio, ya que comprendería también la información y en general todo aquello que logre un mayor y mejor trato familiar. Es preciso abordar la obligación que tiene los progenitores de informarse mutuamente de los asuntos concernientes a la vida del menor. FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, plantea el problema muy frecuente en la práctica, de que el progenitor custodio oculte o no haga participe al no custodio de las incidencias no escolares, educativas o formativas y las relativas a la salud, alegando que el no custodio las puede obtener directamente del colegio o del ambulatorio o médico de familia y se hace eco a fin de evitar conflictos entre los progenitores de la introducción en el convenio de la siguiente cláusula:

«El progenitor custodio vendrá obligado/a a informar al otro progenitor de la evolución escolar, académica o universitaria de los menores, con periodicidad al menos trimestral, facilitándole al efecto copia de los boletines de notas o calificaciones escolares y de los informes generales referidos a su evolución, rendimiento y conducta en el centro docente. Asimismo deberá informar al padre no custodio de la/os menor/es de cuantas vicisitudes de importancia se produzcan en la vida de los mismos y, respecto de la salud a poner en conocimiento inmediato del otro progenitor cualquier dolencia o enfermedad grave del menor, y entregarle copia de cuanta documentación escrita conveniente a dichas dolencias o enfermedades obre en su poder (historia médica, informes clínicos, partes médicos, etc.)»¹¹.

Consciente del vacío que existe en el Derecho común sobre el contenido de este derecho, el Preámbulo del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, destaca como una de sus novedades, el abandono del principio general según el cual la ruptura de la convivencia entre los progenitores significa automáticamente que los hijos deben apartarse de uno para encomendarlos individualmente al otro. Por contra, se introduce como norma que la nulidad, el divorcio o la separación no alteran las responsabilidades de los progenitores sobre los hijos. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen, después de la ruptura, el carácter compartido y corresponde a la autoridad judicial determinar, si no existe acuerdo sobre el plan de parentalidad o si este no se ha aprobado, cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales y, en particular, la guarda del menor, ateniéndose al carácter conjunto de estas y al interés superior del menor.

Se estima que, en general, la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos. Recientemente, Francia, Italia y Bélgica han modificado sus legislaciones en esta dirección. Eso no impide, sin embargo que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y

en función del interés concreto de los hijos. Es por ello que la reforma reciente del Código Civil de Cataluña en su libro segundo proporciona una serie de criterios que deben ponderarse conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda»¹², e introduce cambios de suma importancia no solo de terminología sino de fortalecimiento de las obligaciones de los padres, bajo la denominación de Responsabilidad parental, que define como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita¹³;

Así proclama El artículo 233-8:

1. «La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente.
2. Los cónyuges, para determinar como deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9.
3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor»¹⁴.

PLAN DE PARENTALIDAD

Una de las novedades introducidas por el Código Civil de Cataluña, es el Plan de parentalidad derivada de la responsabilidad de los progenitores sobre los hijos con ocasión de la separación o el divorcio. Toda propuesta de los progenitores sobre esta materia debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, que es un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos con ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. En esta línea, se facilita la colaboración entre los abogados de cada una de las partes y con psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales independientes, para que realicen una intervención focalizada en los aspectos relacionados con la

ruptura antes de presentar la demanda. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos. No se define lo que es, sino el compromiso que asumen los progenitores.

El Plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos¹⁵. Se ha definido como un mecanismo indispensable para ordenar las principales cuestiones que afectan a los hijos en los procesos de separación o divorcio de sus progenitores. Además el Plan de parentalidad se regula como elemento imprescindible o necesario, tanto si el proceso de separación o divorcio es de mutuo acuerdo como si es contencioso (art. 233-9 del CCC)¹⁶.

Se establece los siguientes aspectos que deben constar en el plan, lo que interpreto como un contenido de mínimos sin que se pueda excluir que se puedan introducir otras previsiones en el plan.

En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos:

- a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento.
- b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos.
- c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen.
- d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él.
- e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los progenitores o para su familia.
- f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede.
- g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos.
- h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos.

3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recurrir a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos¹⁷.

No cabe duda que la existencia del plan de parentalidad y el pacto de relaciones familiares se contemplan como una exigencia a los progenitores, un

esfuerzo que deben realizar en el reparto de las responsabilidades que tienen hacia sus descendientes y que refuerzan el compromiso entre padres e hijos.

4. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL CAMBIO DE DOMICILIO POR EL PROGENITOR CUSTODIO.

La guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de ella, 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 en el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otras, 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 ruptura¹⁸.

No existe en Código Civil un reparto de los deberes que constituyen la patria potestad establecido como modelo prefijado. La trascendencia de lo que significa un cambio de domicilio, residencia, es fundamental, ya que en torno a él gira la vida de una persona, sus intereses, el centro de su vida

La mera atribución de la custodia exclusiva no comprende todo el ámbito de la patria potestad, sino solo las cuestiones ordinarias, del día a día, no las de mayor trascendencia, como es el lugar de residencia, al menos cuando su cambio puede tener efectos tan amplios como se ha dicho.

Por otra parte, se tiene en cuenta la repercusión que el cambio de domicilio pueda tener en otros ámbitos de la vida de la persona y que den lugar a una serie de situaciones que pueden ser contempladas por el juez así, «si el cambio de domicilio no es en el mismo barrio de la propia población en la que se ha fijado en la sentencia, y no afecta a aspectos más trascendentes, como el cambio de colegio o a la dificultad para las relaciones sociales y familiares (sobre todo con el progenitor no custodio), necesariamente, se ha de obtener la autorización judicial prevista en la sentencia de primera instancia, no solo para el cambio de residencia al extranjero, sino también en el resto del territorio nacional e, incluso de la Región de Murcia o dentro del propio término municipal, pues ha

de tenerse en cuenta que la extensión de este podría implicar una afectación al resto de situaciones que se vienen enumerando»¹⁹.

La cuestión se torna especialmente problemática cuando el cambio de domicilio (relevante para el menor) se decide unilateralmente por el progenitor custodio, pero no puede decirse que dicho cambio sea caprichoso, o perfectamente evitable o prescindible, sino que obedece o viene impuesto por motivos de no entidad menor sobrevenidos en la vida del progenitor custodio (en especial, motivos laborales)²⁰.

Otras veces ocurre que el cambio de domicilio es antojadizo y no obedece a razones fundadas y origina que el cambio de domicilio por la madre custodia supone a la vez el cambio de la guarda y custodia del menor y por lo tanto del domicilio del menor, tal como ocurrió en el caso resuelto por la sentencia de la AP de Girona «El derecho a decidir sobre el domicilio debe ser interpretado en sus justos términos, siendo claro que los derechos no son ilimitados, incluidos los derechos fundamentales, y el derecho a fijar la libre residencia tiene sus límites cuando tal derecho afecta a terceros. Y los límites a tales derechos vienen plasmados claramente en el artículo 139.4 del Código de Familia Catalán cuando establece que salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, el padre o la madre que ejerce la potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para variar el domicilio del hijo o hija menor de manera que lo aparte de su entorno habitual. Por lo tanto, la recurrente no podía cambiar de domicilio en la forma que lo hizo, pues apartaba a su hijo de su entorno habitual y especialmente impedía una comunicación continuada con su padre. Tal decisión legislativa obviamente no es caprichosa, sino que se sustenta en el interés de los hijos, presumiendo que apartarlos de su entorno habitual puede suponerles un perjuicio.

El cambio de domicilio, sigue diciendo la sentencia, que ha efectuado la D.^a Estefanía en contra de D. Daniel y sin la debida autorización judicial debe considerarse como una modificación sustancial de las circunstancias. Ahora bien, tratándose la guarda y custodia de una cuestión de orden público y que debe ser adoptada en interés de los hijos, puede ser que tal modificación de las circunstancias no conlleve un cambio de guarda y custodia, pues puede ocurrir que ello no sea beneficioso para el menor. Ambos progenitores tienen el mismo derecho a ostentar la guarda y custodia, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo y solamente podrá decidirse a favor de uno o de otro en atención a la mejor capacidad para ostentar la guarda y custodia. Argumenta la recurrente que el niño ha estado siempre al cuidado de la madre y que también lo ha atendido adecuadamente, y ello es cierto, sin embargo la decisión de trasladarse a Murcia por su propio interés, sin contar con los intereses del hijo, que no eran otros que permanecer en su entorno y próximo a su padre, como establece el precepto legal citado, es demostrativa de que ha incumplido sus deberes de velar por el interés del hijo. Además, no se demuestra que el

cambio que ha realizado haya sido beneficioso para el menor, apreciándose, por ejemplo, la inestabilidad domiciliar que tiene, como se desprende del informe psicosocial, cuando afirma que «Gabriel necesita mantener el contacto con los dos progenitores, así como una relación frecuente y normalizada con ambos, siendo imprescindible que el núcleo materno se plantee la necesidad de mostrarse más flexible, evitando situaciones de presión y actitudes manipuladoras o disgregadoras, es decir, debe cambiar de nuevo su residencia si quiere seguir ostentando la guarda y custodia, y dado que no parece que sea su intención, es claro que el cambio de guarda y custodia acordado debe ser ratificado, sin que en absoluto se aprecie que el mismo sea más perjudicial para el menor que el decretado unilateralmente por la madre. Ciertamente es, que la pérdida de contacto con la madre causará un perjuicio para el menor, pero tal perjuicio no deriva de la propia decisión de cambio de guarda y custodia sino del comportamiento de la propia madre de anteponer sus propios intereses a los del hijo. Por lo tanto, no cabe más que estimar correcta la decisión de la sentencia recurrida, por lo que se impone su confirmación»²¹.

No se puede olvidar por otra parte el fundamento sobre la que se ha asentado la resolución judicial. La AP de Santa Cruz de Tenerife, realiza unas acertadas puntualizaciones sobre el conflicto libertad de residencia-custodia y su correcta formulación procesal, con ocasión de decidir sobre los gastos que se exigían al padre no custodio, por el cambio de residencia materno. «En estos casos el cambio de residencia repercute e implica —de ipso— una variación del régimen de visitas previamente adoptado, que necesariamente tiene que cambiar, y no puede quedar a la decisión unilateral del progenitor custodio quien no tiene facultades para cambiar por su propia voluntad una resolución judicial firme. Pero además, el cambio de residencia del menor conlleva consecuencias trascendentales para este, por la restricción que lleva para la comunicación con el progenitor no custodio, por lo que a falta de acuerdo entre ambos, debe plantearse la cuestión ante el Juez competente (art. 156 del Código Civil). Y ello no supone limitar o desconocer el derecho fundamental a elegir la residencia del progenitor custodio, pues puede elegir sin restricción alguna, lo que no implica que «ello le autorice también a decidir libérrimamente la residencia del menor cuando existen otros intereses en juego que son dignos de igual respeto y protección»²².

Lo que ratifica también la AP de Madrid «Cualquier decisión de trascendencia para el hijo, y entre ellas lógicamente los cambios de residencia y de centro escolar, no pueden ser adoptadas de modo unilateral por uno solo de los titulares de dicha potestad, sino conjuntamente por ambos, debiendo, en otro caso, someter sus discrepancias a la intervención dirimente del Juez, según previene el artículo 156 del Código Civil. En definitiva prosigue la sentencia, nos encontramos ante una alteración sustancial de los factores que condicionaron los acuerdos en su momento logrados por las partes, y que ha obedecido a una decisión unilateral e injustificada de la Sra. Fátima, ajena, por tanto, a

la voluntad del otro progenitor, por lo que, desde la postura de este último, se cumplen los condicionantes al efecto exigidos por los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil²³. Por lo que declarado el cambio de domicilio como una alteración sustancial, tendría que plantearse el consentimiento del progenitor o la autorización judicial correspondiente.

Esta modificación sustancial de las circunstancias evitaría cualquier patente de corso por parte del progenitor custodio, ya que la problemática en tal modo suscitada se desenvuelve en el marco legal al efecto habilitado por los artículos 90 y 91, *in fine*, del Código Civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que contemplan la posibilidad de modificar las medidas complementarias acordadas en un anterior procedimiento matrimonial cuando se hayan alterado sustancialmente las circunstancias que las condicionaron.

Sobre dicha base legal, y conforme a reiterada y pacífica interpretación doctrinal y judicial, para que la acción de modificación pueda ser acogida por los Tribunales se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 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 mutación sea sustancial, esto es que afecte al núcleo de la medida, y no a circunstancias accesorias o periféricas.
- c) Que tal cambio sea estable y duradero, y no meramente ocasional o coyuntural.
- d) Que la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible, y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación²⁴.

5. CONFLICTO DE INTERESES: INTERÉS DEL MENOR Y DE LOS PROGENITORES

El TC mantiene que, en materia de relaciones paterno-filiales (entre las que se encuentran las relativas al régimen de guarda y custodia de los menores), el criterio que ha de presidir la decisión judicial, a la vista de las circunstancias concretas de cada caso, debe ser necesariamente el interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no resulta desdeñable por ello. El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a valorar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de su guarda y custodia. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca preferente.

Y de conformidad con este principio, el artículo 92 del Código Civil regula las relaciones paterno-filiales en situación de conflictividad matrimonial, con base en dos principios: a) el mantenimiento de las obligaciones de los padres para con sus hijos y b) el beneficio e interés de los hijos, de forma que la decisión del Juez sobre su guarda debe tomarse tras valorar las circunstancias que concurren en los progenitores, buscando siempre lo que estime mejor para aquellos²⁵.

Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada²⁶.

Sin lugar a dudas el resto de la jurisprudencia es fecunda en reiteradas resoluciones de lo que se considera el interés del menor y su prevalencia sobre el derechos de los progenitores, así la AP de Pontevedra sintetiza : «Que la actuación de la madre es contraria al interés del menor, y ha puesto por encima de este el suyo propio, su satisfacción, con grave postergación del bien del menor, que, sin duda alguna, no está siendo considerado como miembro de la familia en cuyo seno nació y al que, pese a la situación de crisis matrimonial, sigue lógicamente perteneciendo, por lo que no hay razón alguna para que la relación paterno-filial se vea menoscabada o erosionada en perjuicio del menor, y del cabal desarrollo de su personalidad y equilibrio afectivo. Por de pronto, no podemos desconocer el modo de proceder de la madre al arrancar al menor de la convivencia con su padre, por decisión unilateral, sin dar oportunidad alguna a la adopción de las medidas oportunas, bien de mutuo acuerdo, bien por los tribunales, en relación con la custodia del menor y el sistema de relación con él a que habría de someterse el progenitor no custodio»²⁷.

El interés del menor ha aglutinado además de la legislación y doctrina jurisprudencial española, a textos y doctrina de los tribunales internacionales²⁸ para la mejor comprensión de su significado así, «El interés del menor constituye una cláusula protectora del más débil, que lleva a tomar en consideración una serie de factores y su relación con el beneficio del menor: el favorecimiento del desarrollo de facultades intelectuales, emocionales y afectivas de los menores, y, en consecuencia, la elección del ambiente más propicio para tales fines, capacidad de empleo, miembros familiares con los que haya de convivir, vínculos afectivos, etc. El interés del menor sirve como criterio de interpretación de las normas y guía en la decisión de los tribunales; y al mismo tiempo supone una mayor intervención judicial en la solución de los problemas familiares». Como ha expresado la AP de Barcelona, «El tema cardinal, al que todo lo demás se ve condicionado, es la atribución de la custodia a la madre incluso si se

va a EE.UU. Debe partirse de la base de que la madre es libre de establecer su residencia donde estime oportuno y no procede autorizarla, como en algún momento se dice, a residir en EE.UU. Para decidir la custodia de los menores y su residencia con la madre en el extranjero, tres son los aspectos a considerar: vinculación afectiva y proximidad de los hijos con cada progenitor, visión de los menores en cuanto al cambio de residencia y razonabilidad de ese cambio (por oposición a decisión caprichosa).

En vista de todo lo anterior, debe tomarse la difícil decisión de qué es mejor, o menos traumático, para los menores si la madre decide irse a EE.UU.: sacrificar en parte la vinculación materno-filial o bien la paterno-filial y el entorno social actual de los menores. La valoración de la Sala es que debe primar la vinculación con la madre, adoptando medidas para mantener al máximo la actual vinculación al padre con el amplio régimen de visitas que propone la madre. Procede, en consecuencia, revocar la sentencia de instancia y acordar el mantenimiento de la atribución de la custodia a la madre para el supuesto de que esta se traslade a EE.UU., con el régimen de vistas citado para el padre»²⁹.

ROCA I TRIAS ha plasmado la dificultad ante la que puede encontrarse el juez y apela a las soluciones de otras legislaciones, «después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consista este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican. Los sistemas de guarda compartida vigentes en derecho comparado adoptan métodos diferentes para interpretar si concurre o no interés del menor en cada caso en que se considere conveniente acordar esta modalidad de ejercicio de la guarda y custodia, ya que no existe un modelo general que obligue a repartir la convivencia en periodos iguales con cada uno de los progenitores. A diferencia de lo que ocurre en el derecho francés (art. 373-2-11 Code civil, modificado por la Ley 2002-305, de 4 de marzo de 2002) o en la Children Act 1989 inglesa, el Código español no permite al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Otros sistemas, como los *American Law Institute Principles of the Law of Family Dissolution* ha fundado en la dedicación de cada uno de los progenitores a la atención y cuidado del menor antes de la ruptura, teniendo en cuenta el ligamen emocional entre cada uno de los progenitores y el menor o las aptitudes de cada uno de ellos en relación con dicho cuidado»³⁰.

El interés del menor prevalece en caso de conflicto con el de los progenitores, así «Si bien la persona ostenta el derecho fundamental a decidir con plena libertad y sin restricción su residencia (art. 18 de la CE), ese derecho no se proyecta sobre los hijos menores sujetos a la patria potestad de ambos

progenitores, aunque a uno de ellos se le haya atribuido la custodia de los mismos en los casos de separación o divorcio y desee cambiar de residencia en el ejercicio de tal derecho fundamental, y ello si el cambio de domicilio tiene una cierta repercusión sobre las medidas en vigor, pues, por ejemplo, no es lo mismo cambiar de domicilio entre ciudades próximas o, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma, dentro de una misma Isla, que hacerlo entre las Islas y la Península. En este segundo caso el cambio de residencia repercute e implica, de facto, una variación del régimen de visitas previamente adoptado, que necesariamente tiene que variar como consecuencia de ese cambio de residencia, que, por tanto, no puede quedar a la decisión unilateral del progenitor custodio, pues no tiene facultades para cambiar por su propia voluntad una resolución judicial firme (la que establece que el régimen de visitas con un contenido determinado). Pero no solo es eso, sino que además el cambio de residencia del menor entraña una decisión de indudable trascendencia para este, por la restricción que lleva consigo para la comunicación con el progenitor no custodio, decisión que, en función de que ambos comparten la patria potestad, deben que haber adoptado de común acuerdo y, en caso de desacuerdo, plantear la cuestión ante el juez competente (art. 156 del CC). Con eso no se desconoce ni se limita el derecho fundamental a elegir la residencia del progenitor custodio, pues puede elegir para él la que más le convenga sin restricción alguna, pero sin que ello le autorice también a decidir libérrimamente la residencia del menor cuando existen otros intereses en juego que son dignos de igual respeto y protección³¹.

En el mismo sentido la AP de Murcia ha planteado y resuelto la cuestión satisfactoriamente al señalar «que no estamos en el caso del artículo 19 CE, que establece con carácter absoluto el derecho de toda persona a fijar libremente su domicilio dentro de territorio español (hoy de la Unión Europea), pues no se cuestiona que la madre pueda cambiar su domicilio sin necesidad de solicitar autorización judicial. La limitación de tal derecho solo puede imponerse por la vía de la pena de confinamiento. Aquí lo que se cuestiona es el derecho de la madre que tiene atribuida la custodia de sus hijos menores a cambiar unilateralmente el domicilio de esos hijos, sin consentimiento del padre de los menores donde se diferencia entre el derecho de la madre a elegir libremente su residencia (art. 19 de la Constitución) y el de los hijos a que las medidas sobre su custodia tengan como guía su interés preferente (Ley de Protección Jurídica del Menor). Es cierto que pueden verse contrapuestos tales derechos, pero no lo es menos que la propia Constitución establece el principio de protección de la familia y la infancia (art. 39) y que ha de darse preferencia a los derechos de los menores frente a los de los padres, atendiendo siempre a lo que en cada caso resulte más conveniente para su formación y desarrollo integral».

Por lo tanto, no se cuestiona el derecho de la madre a cambiar libremente de domicilio, pero sí que pueda hacerlo respecto de los hijos menores confiados a su custodia, pues el padre también es titular de la patria potestad,

y tal decisión se ha de adoptar conjuntamente por ambos o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro (salvo situaciones de urgente necesidad) o, caso de desacuerdo, por el Juez (art. 156 CC). No se entiende que tal decisión sea conforme al uso social siempre que pueda afectar a la situación de los menores.

El cambio de domicilio de los menores no solo afecta a su lugar de residencia, sino también a su centro de educación, al entorno de amigos, relaciones sociales, idioma, familia y a sus estancias con el otro padre no custodio, por lo que, tratándose de cuestiones relativas a la patria potestad (art. 154) se ha de adoptar de mutuo acuerdo entre los padres o, si no hay acuerdo, con autorización judicial (art. 156)³².

Se impone una sanción cuando el cambio de domicilio comporta un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación si afecta el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados y podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia. Así la sentencia objeto de nuestro comentario siguiendo la posición tradicional sobre el particular, resolvió en el recurso de apelación lo siguiente: « La guarda y custodia de la menor Claudia se atribuye a su madre, D^a Magdalena, siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija»³³.

Sin duda, hubo desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hija, y se acudió también a la autoridad judicial. Sin embargo, la solución adoptada deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al extranjero vinculado a la guarda y custodia de la madre, que tampoco ha sido definido ni en cuanto al tiempo de permanencia, ni en razón a las circunstancias concurrente («en el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York»). El tema que se plantea es qué criterio jurídico es aplicable al cambio de residencia sobrevenido, decidido unilateralmente por el progenitor custodio que se marcha a otro domicilio en compañía del hijo menor de edad a su cargo, cuando la resolución judicial no recoge previsión alguna sobre ese particular.

Las soluciones posibles van desde considerar que tal decisión es un derecho que corresponde a quien ostenta la guarda y custodia exclusiva, independiente del consentimiento del progenitor no custodio y de la autorización judicial (con base en el art. 19 CE), a entender que el tema se encuadra en el ámbito del ejercicio conjunto de la patria potestad, haciéndola dependiente de dicho consentimiento o de esa autorización). Otra solución es la ecléctica, conforme a la cual el custodio podrá adoptar esa decisión unilateralmente o no según si

el cambio afecta o no al régimen de visitas paterno o materno-filial, al entorno global del menor o a otras circunstancias relevantes.

La cuestión se complica ya que este principio, «el interés del hijo», no resulta aislado y pertenece al entramado del de sus padres, así lo reflejó la sentencia de la AP de A Coruña. «Añadir que difícilmente puede aislarse el interés de los hijos menores respecto del de su madre y padre, pues el de estos influye también en el de aquellos, en los variados aspectos de la vida de cada persona. Incluido de manera importante el laboral; sino priorizando sus respectivos trabajos, sí intentando compatibilizarlos con el natural amor y dedicación a los hijos para el bien de todos pues, obviamente, nadie vive del aire. La ruptura matrimonial conduce a inevitables separaciones de la hasta entonces familia unida y a un replanteamiento de las propias vidas de los ex cónyuges, inseparablemente a la de sus hijos comunes menores. Por ello puede darse que uno de ellos, con los hijos, quiera honradamente volver a su lugar de origen o allí donde había vivido antes de casarse, en un entorno más próximo a uno y a su propia rama familiar y amistades. Como es también natural que pueda querer mejorar profesional o laboralmente, aunque en modo alguno queremos con esto afirmar que los trabajos de mayor responsabilidad o categoría hagan a las personas y a su familia más felices ni mejores padres o madres, pues dependerá de factores muy variados, propios y circundantes, que solo el tiempo podrá desvelar. Dado que los hijos tienen madre y padre, se habrá de tener en cuenta e intentar compatibilizar los diversos intereses. Aunque es fácil que se produzcan conflictos que puedan implicar algunos sacrificios³⁴». En vista de lo anterior en la pugna de intereses que se suscitan, no se puede resolver de manera categórica en favor del progenitor custodio, este no es dueño de la amplia esfera de derechos del menor, es necesario el consentimiento del otro progenitor o en su caso de autorización judicial para proceder al cambio de residencia para poder valorar lo que es más conveniente, necesario y proporcional a los intereses del hijo y a su relación con el progenitor no custodio.

Porque puede ocurrir que el bienestar del hijo sea el que no se proteja y sus derechos no sean suficientemente atendidos, «la sentencia de la AP deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados»³⁵.

6. CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN ANTE LA FALTA DE ACUERDO DE LOS PROGENITORES EN LA FIJACIÓN DEL DOMICILIO DEL MENOR

El Código español no contiene una enumeración de criterios que permitan al Juez determinar en cada caso concreto qué circunstancias deben ser tenidas en cuenta para justificar el interés del menor en supuestos en que existen discrepancias entre los progenitores, que no impiden, sin embargo, tomar la decisión sobre la guarda conjunta. Del estudio del derecho comparado se llega a la conclusión que se están utilizando los criterios (los mismos que se utilizan para la guarda compartida), tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven³⁶.

Lo que importa garantizar o proteger con este procedimiento es el interés del menor, que si bien es cierto que tiene derecho a relacionarse con ambos progenitores, esto ocurrirá siempre que no se lesionen sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, libertad, educación, intimidad, etc. De donde todos los requerimientos establecidos en el artículo 92 CC han de ser interpretados con esta única finalidad. Y ello sin perjuicio de que esta medida pueda ser revisada cuando se demuestre que ha cambiado la situación de hecho y las nuevas circunstancias permiten un tipo distinto de guarda o impiden el que se había acordado en un momento anterior.

De aquí que las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor³⁷.

ROMERO COLOMA defiende la necesidad de establecer unos criterios fijos al respecto. «En primer lugar, habría que resaltar que el cambio de residencia de un hijo menor por parte de su progenitor custodio es una decisión que ha de ser tomada, siempre, de común acuerdo con el progenitor no custodio, al constituir una materia que abraza o comprende las funciones y facultades propias de la patria potestad. Si hay un cambio de residencia del hijo, un traslado, ello tiene evidentes consecuencias, perjudiciales, en el ámbito de las relaciones personales del hijo con el progenitor no custodio y, por lo tanto, el consentimiento de este ha de ser previo a dicho traslado (o, en su caso, la autorización judicial pertinente). La autora prevé los supuestos siguientes:

- 1º cuando, en la resolución judicial en la que se atribuye la guarda y custodia a favor de uno de los progenitores, se determina un lugar de residencia concreto, el progenitor custodio no puede modificarlo libremente —a su capricho, a su voluntad—, ya que el domicilio del menor es una cuestión a la que se subordinan otras de gran importancia e interés, y su modificación supondría entrar en colisión con otros derechos;
- 2º cuando el cambio de domicilio afecta, de una manera sustancial, al régimen de visitas y comunicaciones —en general, a la relación— del hijo con su progenitor no custodio, obviamente, esa modificación va a chocar, de forma abierta, con los derechos de este progenitor, incidiendo —de forma negativa—, también, en los derechos del hijo y, específicamente, en el derecho a relacionarse con su progenitor no custodio;
- 3º el cambio de residencia del menor supone, en todo caso, una modificación de una medida previamente adoptada en resolución judicial, por lo que esa modificación nunca puede ser unilateral, por la sola y exclusiva voluntad de uno de los progenitores, del custodio;
- 4º la modificación de la residencia habitual del menor supone una medida que afecta sustancialmente al contenido de la patria potestad. Esto significa que el progenitor custodio no puede imponer esa modificación unilateralmente, ya que el no custodio, por lo general, también ostenta la patria potestad sobre el hijo. De lo contrario, si se admitiera que el progenitor custodio puede alterar la residencia del hijo de forma unilateral, estaríamos concediendo a dicho progenitor más derechos que al otro, al no custodio, y, en realidad, no se ve la razón de esta concesión de derechos, ya que ambos progenitores ejercen conjuntamente la patria potestad y las decisiones de importancia que afecten directa e inmediatamente al hijo han de ser tomadas de común acuerdo;
- 5º el lugar de residencia del hijo es el de la vivienda familiar, que se atribuye a este y al progenitor con quien el hijo convive, según establece el artículo 96 del Código Civil. De ahí que, en la resolución judicial, quede determinado, de forma expresa, el lugar de residencia del hijo, que no es otro sino el correspondiente al del domicilio familiar, no pudiéndose, en consecuencia, modificar esta atribución sin el consentimiento expreso del otro progenitor;
- 6º cuando el hijo ve modificada su residencia habitual por otra, se produce, correlativamente, el cambio de colegio, y hay que entender que, para esta medida, se necesita el consentimiento del progenitor no custodio;
- 7º no es bueno para el hijo verse sometido, de manera constante, a cambios de residencia por parte de su progenitor custodio, porque ello provoca una gran inestabilidad en el menor, además de obstaculizar, y, a veces, impedir, las relaciones y comunicaciones con el otro progenitor;

- 8º no se puede considerar que se transgrede el derecho del progenitor custodio al cambio de residencia, en función del artículo 19 de nuestra Constitución, ya que de lo que se trata, como cuestión de Derecho de Familia, es de proteger, en todo momento, el bienestar del hijo, no el del progenitor. El *favor filii* a de ser prevalente, por encima de los intereses y deseos del progenitor custodio;
- 9º cuando el hijo ha cumplido doce años de edad, ya él mismo, por sí solo, tiene suficiente juicio para expresar su voluntad a este respecto, por lo que debe ser oído en relación a la decisión del cambio de residencia. También debería ser oído aunque no haya cumplido doce años, siempre que tenga una madurez suficiente y juicio bastante para opinar sobre esta cuestión que le afecta directa e inmediatamente³⁸.

En Francia, el Código civil ha previsto la situación de la que ha sido objeto este trabajo. La separación de los padres no tendrá efectos en las normas de atribución del ejercicio de la patria potestad. Tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los vínculos de este con el otro progenitor. Todo cambio de residencia de uno de los padres, en la medida en que modifique las modalidades de ejercicio de la patria potestad, deberá comunicarse con la debida antelación al otro progenitor. En caso de desacuerdo, el progenitor más diligente podrá solicitar al juez de familia que adopte una decisión en función del interés del niño. El juez asignará los gastos de desplazamiento y ajustará en consecuencia el importe de la contribución para la manutención y la educación del niño³⁹.

«Si el interés del niño lo exigiera, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad a uno de los padres. El ejercicio del derecho de visita y de alojamiento no podrá denegarse al otro progenitor, salvo por motivos graves.

Cuando conforme al interés del niño, la continuidad y efectividad de sus vínculos del menor con el padre que no ejerce la autoridad parental lo exigen, el juez de familia puede organizar el derecho de visita en un punto de encuentro designado al efecto. Cuando el interés del menor lo exige o cuando la entrega directa al niño al otro progenitor presenta un peligro para uno de ellos, el juez organiza las modalidades para que le presente todas las garantías necesarias. Puede proporcionar que se efectúe en un lugar de encuentro que designe, o con la asistencia de un tercero de confianza o un representante de una persona jurídica cualificado. El padre que no tenga el ejercicio de la potestad conserva el derecho y el deber de supervisar el mantenimiento y la educación del niño, deberá estar informado de las decisiones importantes relativas a la vida de este último. Debe cumplir con el deber que se encuentra con él en el artículo 371»⁴⁰.

Las soluciones que se vienen aportando para evitar estos conflictos son varias: mediación, jurisdicción voluntaria y los pactos suscritos por los progenitores para el supuesto de nulidad, separación o divorcio, entre ellos las novedades

aportada por el Derecho Civil de Cataluña, el Plan de parentalidad, o los pactos familiares del Derecho aragonés. Aún cuando soy consciente que la materia que planteamos, no es una cuestión fácil de resolver, la existencia de recursos al menos podrán servir para rebajar tensiones entre la pareja prescindiendo de los particulares intereses de los progenitores contendientes, pues así lo dispone el artículo 92 del Código Civil.

«No se trata, insistimos, de que se censure la aptitud de la madre para educar a la menor. Lo que sucede es, simplemente, que el sustancial cambio de circunstancias que constituye la decisión de aquella, por muy respetables motivos de progreso y realización personal, de cambiar su residencia a un país extranjero, da lugar a que, en tal nueva tesitura sea más conveniente para Nathalie pasar a la guarda y custodia de su padre, apto para desempeñarla, valorando el desarraigo que podría generar el importante cambio de ambiente vital que necesariamente supondría la marcha a Alemania, con las consiguientes dificultades de socialización y peligro de desarraigo y teniendo en cuenta, desde luego, la opinión de la menor, manifestada en forma clara»⁴¹.

Así pues, la posición más extendida, ahora refrendada por el Supremo en la sentencia que comentamos, es que nuestra legislación interna permite que cualquier persona resida donde estime oportuno pero el traslado de los menores bajo su cuidado no es algo que pueda decidir por sí misma de forma unilateral sino que precisa, si el otro progenitor no está de acuerdo, de la autorización judicial, tras valorar el interés preferente del menor. En este sentido, se ha resaltado que el derecho a decidir sobre el domicilio debe ser interpretado en sus justos términos, siendo claro que los derechos no son ilimitados, incluidos los derechos fundamentales, y el derecho a fijar la libre residencia tiene sus límites cuando tal derecho afecta a terceros. Con toda claridad han vinculado la elección del lugar de residencia habitual del menor con el ejercicio conjunto de la patria potestad, llegando a la conclusión de la necesidad de consentimiento dual, las SSAAPP Islas Baleares de 30 de junio de 2009, Barcelona de 15 de febrero de 2011, Valladolid de 16 de marzo de 2012 y el AAP Barcelona de 17 de julio de 2008, valorándose como acto propio del ejercicio de la patria potestad una autorización en este contexto, incluso en procedimientos de otra naturaleza, como las acciones de filiación. Partiendo de esta premisa, que también personalmente defendemos, de que la elección del lugar de residencia forma parte del contenido de la patria potestad, se ha subrayado que en modo alguno encajaría en los supuestos en que el Código Civil español habilita la actuación unilateral de uno de los progenitores (art. 156.1º), pues no es decisión que pueda considerarse adoptada en el marco de un mero hábito o uso social, ni debe entenderse como una medida urgente y provisional, si tenemos en cuenta que es sustancial, de notable importancia para el menor y su educación y con efectos en relación con el resto de las medidas reguladoras de la situación personal de los menores cuyos padres viven separados. En todo caso,

mayor claridad sobre la materia se observa en el Derecho de Familia catalán, pues el artículo 236-11, párrafo 6º CCCat, relativo al ejercicio de la potestad parental en caso de vida separada de los progenitores, dispone que salvo que la autoridad judicial disponga otra cosa, se necesita el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor, además de para adoptar otras decisiones, para cambiar el domicilio de los hijos, si ello los aparta de su entorno habitual, lo que, obviamente el legislador percibe como un posible perjuicio⁴².

7. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DE DEBERES QUE DERIVAN DE LA PATRIA POTESTAD

El TS determinó la existencia de responsabilidad por incumplimiento de deberes por darse los tres elementos necesarios: 1) concurrencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia debido a una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales. 2) El segundo elemento que hay que estudiar es si concurre o no daño. El daño existe en este caso y no consiste únicamente en la imposibilidad de ejercicio de la patria potestad y del derecho de guarda y custodia, porque en este caso solo podría ser reclamado por el menor afectado por el alejamiento impuesto por el progenitor que impide las relaciones con el otro, sino que consiste en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor. Hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia. 3) El tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder es la relación de causalidad, entendida en este caso no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios de imputación objetiva, que esta Sala ha venido utilizando, concluyendo que Aplicando estos criterios al presente caso, debe señalarse que el daño debe imputarse jurídicamente a la madre, por impedir de manera efectiva las relaciones con el padre del menor, a pesar de que le había sido atribuida a este la guarda y custodia en la sentencia citada. No existe, pues, ninguna incertidumbre sobre el origen del daño, de modo que los criterios de probabilidad entre los diversos antecedentes que podrían haber concurrido a su producción, solo puede ser atribuida a la madre, por ser la persona que tenía la obligación legal de colaborar para que las facultades del padre como titular de la potestad y guarda y custodia del menor, pudieran ser ejercidas por este de forma efectiva y al impedirlo, deviene responsable por el daño moral causado al padre⁴³.

La AP de Las Palmas, respecto de las consecuencias de un cambio de domicilio sin el consentimiento del progenitor no custodio, mantiene una posición más reflexiva, en la aplicación del Derecho penal, al decir «El artículo 618-2º del Código Penal establece que el que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días». Por su parte, el artículo 622 del mismo texto legal señala que los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

A la hora de aplicar tales faltas hay que tener muy presente el principio de intervención mínima característico del derecho penal, que lleva a la apreciación de la gravedad y antijuridicidad de la conducta, considerando el conjunto de circunstancias concurrentes, excluyendo la sanción penal en los supuestos en que el ordenamiento jurídico provea de medios o instrumentos adecuados para resolver el conflicto, y ello porque el derecho punitivo cumple una función de carácter subsidiario y consiste en la última ratio, de manera que debe ceder ante las normas que disciplinan prioritariamente el comportamiento antijurídico⁴⁴. En mi opinión el mero cambio de domicilio del progenitor custodio no implica de suyo un incumplimiento del régimen de visitas y de las obligaciones familiares en el mismo reguladas subsumibles en el tipo del artículo 618-2 del Código Penal, porque el precepto penal referido lo que castiga es la desobediencia voluntaria, deliberada e intencional del módulo de comunicación judicialmente establecido, sin que obviamente quepa presumir contra el reo la concurrencia del elemento subjetivo del injusto del simple dato del cambio de residencia del progenitor custodio⁴⁵.

8. CONCLUSIONES

La sentencia de Tribunal Supremo de 26 de octubre del 2012 es el resultado de la evolución de la jurisprudencia y de las reformas legislativas en materia de patria potestad que no solo ha clarificado y resuelto la cuestión del cambio de domicilio del menor sino también otras cuestiones principales que afectan a la responsabilidad parental, como la de un mayor esclarecimiento la función de los progenitores custodio/no custodio y la de seguir insistiendo en los derechos de información, visitas o en general el de un mayor reforzamiento en la relación que debería tener el menor con cada progenitor.

La sentencia que ha sido objeto de estudio pone lo que debería ser punto final a lo que creía equivocadamente algún progenitor custodio, de que el cambio de domicilio entraba dentro de sus atribuciones exclusivamente sin necesidad del consentimiento del otro progenitor o autorización del juez. El cambio de residencia es una alteración sustancial de cualquier acuerdo al que hayan llegado los padres o de una resolución del juez, por lo que pudiera variar significativamente lo acordado o resuelto en un momento determinado. Los incumplimientos de estos deberes se tienen que sancionar aplicando la normativa prevista para estos supuestos en el Código Penal, Código Civil y aplicación de los textos internacionales. Las modificaciones que han tenido lugar en algunos Códigos, generalmente se han anticipado a recoger expresamente el cambio de domicilio como un acto extraordinario que no puede realizar solamente el progenitor custodio. A pesar de ello no implica la necesidad de precisar de forma pormenorizada un catálogo de los que son responsabilidades de uno y de otro en el Código Civil, si estimo más necesario establecer aquellas que ineludiblemente necesiten el consentimiento de los dos progenitores y, en su defecto autorización del juez y seguir insistiendo en la regularización de los pactos familiares y la exigencia de los compromisos que asumen unos y otros en un proceso de separación y divorcio donde prime los intereses del hijo por encima de todo.

JURISPRUDENCIA

- STC; Sentencia núm. 185/2012 de 17 de octubre RTC\2012\185(SSTC 141/2000, de 29 de mayo [RTC 2000, 141], F. 5; 124/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 124], F. 4; 144/2003, de 14 de julio [RTC 2003, 144], F. 2; 71/2004, de 19 de abril [RTC 2004, 71], F. 8; 11/2008, de 21 de enero [RTC 2008, 11], F. 7).
- STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008.
- Auto del TC núm. 127/86, de 12-2 (RTC 1986, 127 AUTO) (Sala 1ª, Sección 2ª).
- TS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 de octubre de 2012, ref. 1238/2011.
- TS Sentencia núm. 623/2009 de 8 de octubre. R\2009\4606.
- TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 579/2011 de 22 de julio J\2011\5676.
- TS Sentencia de 30 de junio de 2009, rec. 532/2005, Diario La Ley, núm. 7242.
- Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril y 18 de diciembre de 1990, 2 de octubre, 10 y 17 de diciembre de 1991, 19 de enero y 14 de noviembre de 1992, 16 de julio y 28 de septiembre de 1993, 8 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1996, 10 de febrero y 24 de octubre de 2003, 24 de junio de 2004, 23 de mayo de 2005 y 21 de junio de 2006).

- AP de A Coruña, Sección 3^a, Sentencia de 27 de junio de 2011, rec. 310/2010.
- AP de Islas Baleares. Sentencia núm. 529/2000 de 21 de julio, *JUR* 2000\273106
- AP de Castellón (Sección 2^a). Sentencia núm. 54/2010 de 10 de septiembre. *JUR* 2011\25772.
- AP de Murcia (Sección 1^a). Sentencia núm. 337/2005 de 15 de noviembre *JUR* 2006\91712.
- AP de Murcia (Sección 4^a). Sentencia núm. 111/2012 de 16 de febrero. *JUR* 2012\90598.
- AP de Girona (Sección 1^a). Sentencia núm. 399/2005 de 3 de noviembre. *JUR* 2006\49664.
- AP de Madrid (Sección 22^a). Sentencia núm. 21/2010 de 15 de enero. *JUR* 2010\127316.
- AP de Pontevedra, Sección 6^a, Sentencia de 24 de octubre de 2012, rec. 4342/2010.
- AP de Les Illes Balears, Sección 4^a, Sentencia de 2 de febrero de 2011, rec. 415/2010.
- AP de Barcelona, Sección 12^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2009, rec. 185/2009.
- AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4^a). Sentencia núm. 472/2004 de 9 de diciembre, *JUR* 2005\45766.
- AP de Valladolid (Sección 1^a). Sentencia núm. 57/2011 de 28 de febrero. *JUR* 2011\157348.
- AP de A Coruña (Sección 4^a). Auto núm. 31/2012 de 9 de marzo. *JUR* 2012\137130.
- AP de Castellón (Sección 3^a). Sentencia núm. 202/2000 de 20 de abril *AC* 2000\1012.
- AP de Las Palmas (Sección 1^a). Sentencia núm. 13/2012 de 2 de enero. *JUR* 2012\156102.

BIBLIOGRAFÍA

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Comentario al artículo 92 del Código Civil». BIB 2009\5231. Editorial Aranzadi, SA, enero de 2009.
- CORDERO CUTILLAS, I.: «Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven». *Actualidad Civil*, núm. 3, 2013, tomo 1, Editorial La Ley.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: «La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes». *Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 9/2013 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 013. BIB 2012\3483.

- FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I.: «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad en Derecho de Familia (Coordinadora Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ)». Civitas, 2012, pág. 1358.
- PADIAL ALBÁS, A.; SERRANO MASIP; TOLDRA Roca, D.: «Titularidad y ejercicio de la “potestad parental” en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña». *El Nuevo Derecho de la persona y de la familia*. Coord. BARRADA, R.; Garrido,; NASARRE, S. M.; Bosch, 2011, pág. 690.
- ROMERO COLOMA, A.: «El cambio de residencia del hijo por el progenitor custodio: problemática jurídica». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 834/2012 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.
- VERDERA IZQUIERDO, B.: «Guarda de los hijos y relaciones personales en los supuestos de ruptura de la pareja estable», en *El Nuevo Derecho de la persona y de la familia*. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. (Coord.) BARRADA, R.; GARRIDO, M., NASARRE, S. Bosch, 2011, pág. 754.

NOTAS

¹ Entre otros los artículos 3 y 5 del Convenio de La Haya de 25 de septiembre de 1980 (*RCL* 1987, 1960 y *RCL* 1989, 1442), sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, y los artículos 2.7, 2.9 y 2.11 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (DOCE núm. L338 de 23/12/2003 págs. 0001-0029. Entre otras Decisión del Consejo 2008/431/CE, de 5 de junio de 2008 (*Diario Oficial* L 151 de 11.6.2008).

² AP de A Coruña, Sección 3ª, Sentencia de 27 de junio de 2011, rec. 310/2010. Ponente: FERNÁNDEZ-PORTO GARCÍA. Como se ha manifestado reiteradamente, entre ellos AP de Madrid (Sección 22ª). Auto núm. 185/2009 de 5 de junio, *JUR* 2010\31741. La patria potestad, en cuanto conjunto de derechos y obligaciones respecto de los hijos no emancipados, incumbe, por regla general, a ambos progenitores, según previenen los artículos 154 y 156 del Código Civil. De ahí que cualquier decisión de trascendencia para la prole en tal situación de jurídica dependencia haya de ser adoptada conjuntamente por los cotitulares de dicha potestad, a salvo de aquellos supuestos en que, bien por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, el ejercicio de dicha función corresponde exclusivamente al otro, en los términos contemplados en el último de los preceptos citados, o bien, por resolución judicial, se haya privado total o parcialmente a uno de ellos de la referida potestad, a causa del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, a tenor de lo que disponen el artículo 170 del citado Cuerpo legal. En aquellas hipótesis en que, manteniendo ambos padres, vivan juntos o separados, la corresponsabilidad derivada de tal institución jurídica, no se pongan de acuerdo sobre algún asunto de relevancia para los hijos comunes, el referido artículo 156 previene que cualquiera de aquellos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá, sin ulterior recurso, la facultad de decidir al padre o a la madre.

³ TS, sentencia de 26 de octubre de 2012. «Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cuál de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación».

⁴ FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I. «Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad en Derecho de Familia (Coordinadora Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ)». Civitas, 2012, pág. 1358.

⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 92 del Código Civil». BIB 2009/5231. Editorial Aranzadi, SA, enero de 2009.

⁶ AP de Islas Baleares. Sentencia núm. 529/2000 de 21 de julio, JUR 2000/273106.

⁷ AP de Castellón (Sección 2^a). Sentencia núm. 54/2010 de 10 de septiembre. JUR/2011/25772. Nos parece evidente que el derecho fundamental (art. 19 de la Constitución del progenitor custodio a elegir su lugar de residencia, no puede desvincularse de los intereses del menor que tan drásticamente pueden verse afectados por un ejercicio irresponsable de dicho derecho fundamental. Tal y como decíamos en nuestra sentencia antes citada, «Este es también el planteamiento que se sigue en el auto del TC núm. 127/86, de 12-2 (RTC 1986, 127 AUTO) (Sala 1.^a, Sección 2.^a), sobre la existencia de cargas, gravámenes o limitaciones que puedan afectar a la libertad de establecimiento y de fijación del lugar de residencia, en supuestos en los que la limitación viene impuesta por un interés protegido de manera privilegiada en el Ordenamiento jurídico, como es el de los hijos menores».

⁸ CORDERO CUTILLAS, I. «Algunos aspectos de la Ley 5/2011, de 1 de abril, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven». *Actualidad Civil*, núm. 3, 2013, tomo 1, Editorial La Ley.

⁹ AP de Murcia (Sección 1^a). Sentencia núm. 337/2005 de 15 de noviembre, JUR/2006/91712.

¹⁰ VERDERA IZQUIERDO, B., «Guarda de los hijos y relaciones personales en los supuestos de ruptura de la pareja estable» en *El Nuevo Derecho de la persona y de la familia*. Libro Segundo del Código Civil de Cataluña. (Coord.) BARRADA, R., GARRIDO, M., NASARRE, S. Bosch, 2011, pág. 754.

¹¹ FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, I., «Esta cláusula se debe al Magistrado González del Pozo que ha repetido en sus sentencias». *Efectos comunes a los procesos de separación, divorcio y nulidad en Derecho de Familia* (Coordinadora Gema Díez-PICAZO GIMÉNEZ). Civitas, 2012, pág. 1358.

¹² Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (BOE 21 de agosto de 2010).

¹³ Art 2.7 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.

¹⁴ Artículo 233-8. Responsabilidad parental. Código Civil de Cataluña Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (BOE 21 de agosto de 2010).

¹⁵ Artículo 233.9.1 del CC de Cataluña.

¹⁶ PADIAL ALBÁS, A.; SERRANO MASIP; TOLDRÁ ROCA, D., «Titularidad y ejercicio de la “potestad parental” en el Libro segundo del Código Civil de Cataluña». *El Nuevo Derecho de la persona y de la familia*. Coord. BARRADA, R.; GARRIDO, M., NASARRE, S. Bosch, 2011, pág. 690.

¹⁷ En parecidos términos, el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas. Publicado en BOA núm. 63 de 29 de marzo de 2011, prevé el pacto de relaciones familiares.

Artículo 77.1. Los padres podrán otorgar un pacto de relaciones familiares como consecuencia de la ruptura de su convivencia, en el que fijarán los términos de sus nuevas relaciones familiares con los hijos. 2. El pacto de relaciones familiares deberá concretar, como mínimo, los acuerdos sobre los siguientes extremos relacionados con la vida familiar:

- El régimen de convivencia o de visitas con los hijos.
- El régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas.
- El destino de la vivienda y el ajuar familiar.

- La participación con la que cada progenitor contribuya a sufragar los gastos ordinarios de los hijos, incluidos en su caso los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios, la forma de pago, los criterios de actualización y, en su caso, las garantías de pago. También se fijarán la previsión de gastos extraordinarios y la aportación de cada progenitor a los mismos.
 - La liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial.
 - La asignación familiar compensatoria, en su caso, que podrá determinarse en forma de pensión, entrega de capital o bienes, así como la duración de la misma.
3. La modificación o extinción del pacto de relaciones familiares se podrán llevar a cabo en los siguientes supuestos:
- Por mutuo acuerdo de los padres.
 - En virtud de las causas que consten en el propio pacto de relaciones familiares.
 - A petición de uno de los padres al sobrevenir circunstancias relevantes.
 - Por iniciativa del Ministerio Fiscal, en su función de protección de los derechos de los menores e incapacitados.
 - Por privación, suspensión y extinción de la autoridad familiar a uno de los padres sobrevenida al pacto de relaciones familiares.
 - Incumplimiento grave o reiterado de las obligaciones del pacto.
4. El pacto de relaciones familiares y sus modificaciones producirán efectos cuando sean aprobados por el Juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios recogidos en el artículo anterior.
5. El Juez aprobará el pacto de relaciones familiares, salvo en aquellos aspectos que sean contrarios a normas imperativas o cuando no quede suficientemente preservado el interés de los hijos. Si el pacto de relaciones familiares no fuera aprobado en todo o en parte, se concederá a los progenitores un plazo para que propongan uno nuevo, limitado, en su caso, a los aspectos que no hayan sido aprobados por el Juez. Presentado el nuevo pacto, o transcurrido el plazo concedido sin haberlo hecho, el Juez resolverá lo procedente.
6. Cuando del régimen de relación de los hijos con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas se deriven derechos y obligaciones para estos, el Juez deberá darles audiencia antes de su aprobación.
- ¹⁸ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 de octubre de 2012, ref. 1238/2011.
- ¹⁹ AP de Murcia (Sección 4ª). Sentencia núm. 111/2012 de 16 de febrero. *JUR*\2012\90598.
- ²⁰ Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2ª). Sentencia núm. 54/2010 de 10 de septiembre, *JUR*\2011\25772.
- ²¹ AP de Girona (Sección 1ª). Sentencia núm. 399/2005 de 3 noviembre. *JUR*\2006\49664.
- ²² AP de Santa Cruz de Tenerife-Secc. 4ª de 9 de diciembre de 2004 (PROV 2005, 45766).
- Con base en lo expuesto, no existe inconveniente para declarar expresamente la obligación de la Sra. B. de comunicar al Sr. D. los cambios de domicilio de la menor y cualquier incidencia de importancia que se produzca en su salud o en su vida escolar, a efectos de posibilitar el ejercicio por parte del Sr. D., de los deberes derivados de la patria potestad AP de Islas Baleares (Sección 3ª). Sentencia núm. 529/2000 de 21 de julio. *JUR*\2000\273106.
- ²³ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª). Sentencia núm. 21/2010 de 15 de enero. *JUR*\2010\127316.
- ²⁴ AP de Madrid (Sección 22ª). Sentencia núm. 21/2010 de 15 de enero. *JUR*\2010\127316.
- ²⁵ STC; Ponente, Encarna Roca. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 185/2012. de 17 de octubre *RTC*\2012\185(SSTC 141/2000, de 29 de mayo [*RTC* 2000, 141], F. 5; 124/2002, de 20 de mayo [*RTC* 2002, 124], F. 4; 144/2003, de 14 de julio [*RTC* 2003, 144], F. 2; 71/2004, de 19 de abril [*RTC* 2004, 71], F. 8; 11/2008, de 21 de enero [*RTC* 2008, 11], F. 7).
- ²⁶ STC 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. Por otra parte, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de «un riesgo

relevante de que la lesión puede llegar a producirse» (STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido STC 71/2004, de 19 de abril, FJ 8). Es decir, un riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que este le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique».

²⁷ F. 3º AP de Pontevedra, Sección 6ª, Sentencia de 24 de octubre de 2012, rec. 4342/2010. En el mismo sentido la AP de Les Illes Balears, Sección 4.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2011, rec. 415/2010 No existe en las actuaciones prueba o indicio objetivo alguno revelador de que las funciones de guarda y custodia estén siendo ejercidas de forma incorrecta por la madre y menos aún de que las mismas serán ejercitadas por el padre de forma más favorable para el niño, siendo el principio inspirador de cualquier medida que se adopte en relación con los hijos menores de edad que ha de estar dirigida a proteger su superior interés principio *favor filii* (art. 92 CC y 39 de la Constitución). La alteración de las circunstancias producidas por el traslado irregular de la madre con el hijo a Alemania, no es suficiente para provocar el cambio de guarda y custodia, pues, dicho cambio, solo puede venir motivado por la protección del superior interés del hijo. Ahora bien, el cambio del lugar de residencia del menor si debe ser tenido en cuenta para modificar el régimen de visitas en su día establecido, pues la distancia geográfica entre padre e hijo lo hace inviable o, al menos, sumamente gravoso y costoso para el progenitor no custodio recurrente, cuestión que analizaremos seguidamente.

²⁸ Entre ellas: La Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 (*La Ley*. 97018/2000) afirma en su artículo 24.2 que «en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial, el Reglamento comunitario 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la Ley Orgánica 1/1996 (*La Ley*. 167/1996), de Protección Jurídica del Menor. Por su parte, la STS de 28-9-2009 dice: «Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000 (*La Ley*. 8805/2000), de 29 mayo, que lo califica como «estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional», destacando como relevantes a estos efectos la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988, caso Olsson (*La Ley*. 789388/1988); 28 de noviembre de 1988, caso Nielsen; de 25 de febrero de 1992, caso Andersson; de 23 de junio de 1993, caso Hoffmann; de 23 de septiembre de 1994, caso Hokkanen; de 24 de febrero de 1995, caso McMichael; de 9 de junio de 1998, caso Bronda; de 16 de noviembre de 1999, caso E.P. contra Italia; y de 21 de diciembre de 1999, caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal).

²⁹ AP de Barcelona, Sección 12ª, Sentencia de 30 de septiembre de 2009, rec. 185/2009. *Actualidad Civil*, núm. 3, Sección Reseña de Sentencias, quincena del 1 al 15 de febrero de 2010, Ref. 18, tomo 1, Editorial *La Ley*.

³⁰ TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), Sentencia núm. 623/2009 de 8 octubre. *RA* 2009/4606.

³¹ AP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª). Sentencia núm. 472/2004 de 9 diciembre *JUR* 2005/45766.

³² AP de Murcia (Sección 4.ª Sentencia núm. 111/2012 de 16 febrero JUR 2012\90598). En este sentido ya se ha pronunciado esta Audiencia Provincial en la sentencia de su Sección 1.ª de 15 de noviembre de 2.005 (reiterada en la de 6 de marzo de 2007) en la que se recogía otra anterior en los siguientes términos. Ya esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en casos similares al presente, como en la sentencia de 5 de diciembre de 2.002.

La citada solución es la más aceptada por los Tribunales del país, como las sentencias de las Audiencias Provinciales de Gerona, de 3 de noviembre de 2005, Castellón, Sec. 2.ª, de 14 de octubre de 2008, Granada, Sec. 5.ª, de 20 de marzo de 2009 y Madrid, Sec. 22.ª, de 15 de enero de 2010. Esta última establece:

«Ciertamente es, como se afirma en el escrito de formalización del recurso, que dicha unilateral decisión, y en lo que concierne exclusiva y personalmente a D.ª Fátima, se encuentra perfectamente amparada por el artículo 19 de la Constitución; pero no acaece lo mismo en lo que afecta a la común descendiente, ya que la asignación a dicha progenitora de su guarda no implicaba, en modo alguno, la privación al otro progenitor de la titularidad o del ejercicio de la patria potestad, o de alguna de las facultades de la misma, pues, según se hizo constar en el referido convenio, ambos padres ostentarían de modo compartido la referida función. Ello implica que cualquier decisión de trascendencia para el hijo, y entre ellas lógicamente los cambios de residencia y de centro escolar, no pueden ser adoptadas de modo unilateral por uno solo de los titulares de dicha potestad, sino conjuntamente por ambos, debiendo, en otro caso, someter sus discrepancias a la intervención dirimente del Juez, según previene el artículo 156 del Código Civil (LEG 1889, 27)».

³³ AP de Valladolid (Sección 1.ª). Sentencia núm. 57/2011 de 28 de febrero. JUR\2011\157348.

³⁴ AP de A Coruña (Sección 4.ª). Auto núm. 31/2012 de 9 de marzo. JUR\2012\137130. Esta sentencia concluye diciendo» Finalmente, conviene añadir que, si bien consideramos que la decisión sobre la residencia habitual de los hijos menores forma parte del contenido de la patria potestad, como así lo dijimos en nuestra sentencia dictada en el proceso de divorcio de 6/5/2010, eso no impide reconocer obviamente un plus en este tema al progenitor que tenga otorgada su guarda y custodia, en nuestro caso la madre. Colateralmente podemos citar en este sentido el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 de 27/11/2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el cual, tras definir en su artículo 2.7 la responsabilidad parental como los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluyendo los derechos de custodia y visita; se refiere en el apartado 9 a los derechos de custodia como, entre otros, los relativos al cuidado de la persona de un menor y, en especial, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia; mientras que en el 10 incluye en el derecho de visita, el derecho de trasladar a un menor a un lugar distinto al de su residencia habitual durante un período de tiempo limitado. Por todo lo razonado y, habiéndose justificado a juicio del Tribunal una causa real y sería más que razonable para el cambio, procede conceder la autorización solicitada, sin perjuicio de una eventual modificación de las medidas de la sentencia de divorcio a plantear en su caso por la vía procesal señalada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³⁵ TS Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 de octubre de 2012, rec. 1238/2011. Ponente: Seijas Quintana, José Antonio, núm. de Sentencia: 642/2012, núm. de recurso: 1238/2011, refiriéndose a la sentencia AP de Valladolid (Sección 1.ª). Sentencia núm. 57/2011 de 28 febrero. JUR\2011\157348.

³⁶ TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 623/2009 de 8 de octubre, RA\2009\4606.

³⁷ F 4 TS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Sentencia núm. 579/2011 de 22 de julio RA\2011\5676.

³⁸ ROMERO COLOMA, A.: «El cambio de residencia del hijo por el progenitor custodio: problemática jurídica». *Actualidad Jurídica, Aranzadi* núm. 834/2012 (Comentario). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2012.

³⁹ Artículo 373-2 del Código Civil Francés, modificado por (Ley núm. 2002-305 de 4 de marzo de 2002 artículo 6 I y II Diario Oficial de 5 de marzo de 2002).

⁴⁰ Article 373-2-1 del Código Civil francés, Modifié par LOI núm. 2010-769 du 9 juillet 2010-artículo 7.

⁴¹ AP de Castellón (Sección 3^a) Sentencia núm. 202/2000 de 20 de abril, AC 2000\1012.

⁴² DÍAZ MARTÍNEZ, A. «La determinación del lugar de residencia del menor como conflicto en el ejercicio conjunto de la patria potestad por progenitores no convivientes». Aranzadi Civil-Mercantil núm. 9/2013 (Comentario). Editorial Aranzadi, S. A, Pamplona. 013.BIB 2012\3483.

⁴³ TS, Sentencia de 30 jun. 2009, rec. 532/2005 Diario *La Ley*, núm. 7242, Sección *La Sentencia del día*, 16 de septiembre de 2009, Año XXX, Editorial *La Ley*.

⁴⁴ (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril y 18 de diciembre de 1990, 2 de octubre, 10 y 17 de diciembre de 1991, 19 de enero y 14 de noviembre de 1992, 16 de julio y 28 de septiembre de 1993, 8 de septiembre de 1994, 16 de febrero de 1996, 10 de febrero y 24 de octubre de 2003, 24 de junio de 2004, 23 de mayo de 2005 y 21 de junio de 2006).

⁴⁵ AP de Las Palmas (Sección 1.^a). Sentencia núm. 13/2012 de 2 de enero. *JUR*\2012\156102.

*(Trabajo recibido 07-05-2013 y aceptado
para su publicación el 18-06-2013)*