

**EL CAMBIO DE DOMICILIO DE LOS PROGENITORES: SU
INCIDENCIA EN EL RÉGIMEN DE CUSTODIA Y VISITAS**

***THE PARENTS ADDRESS CHANGE: ITS IMPACT ON THE CUSTODY
REGIME AND VISITING ARRANGEMENT***

Rev. Boliv. de Derecho N° 30, julio 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 178-199



Gonzalo MUÑOZ
RODRIGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 28 de mayo de 2020

RESUMEN: El presente artículo analiza desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial qué posibilidades tienen los progenitores de cambiar de domicilio, haciendo especial hincapié en el caso del progenitor custodio. Asimismo, se estudian las consecuencias que puede implicar dicha modificación por lo que respecta tanto al régimen de visitas, como de custodia.

PALABRAS CLAVE: Cambio de domicilio; régimen de custodia; régimen de visitas; menores; patria potestad; guarda y custodia; custodia compartida; custodia monoparental; alteración sustancial de las circunstancias.

ABSTRACT: *This paper analyses which possibilities the parents have to change their address, especially in regard to the parent with residence. Likewise, it is studied the consequences involved with that modification regarding the custody regime and visiting arrangement.*

KEY WORDS: *Address change; custody regime; visiting arrangement; minors; parental responsibility; residence; shared residence; resident parent; non-resident parent, substantial alteration of the circumstances.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAMBIO DE DOMICILIO Y PATRIA POTESTAD.- III. CAMBIO DE DOMICILIO CUANDO SE TRASLADA EL PROGENITOR NO CUSTODIO.- IV. CAMBIO DE DOMICILIO CUANDO SE TRASLADA EL PROGENITOR CUSTODIO.- V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ANTE EL CAMBIO DE DOMICILIO DE LOS MENORES. - VI. LOS GASTOS DE TRASLADO A CAUSA DEL CAMBIO DE DOMICILIO.

I. INTRODUCCIÓN.

Una de las más controvertidas vicisitudes que se suelen producir tras la separación o el divorcio es el cambio de domicilio de uno de los ex cónyuges, siendo singularmente problemático el supuesto del traslado del progenitor custodio con los menores.

No son pocas las veces que, tras la ruptura matrimonial, uno de los progenitores cambia de trabajo, encuentra trabajo en otra localidad o rehace su vida con otra persona, yendo a vivir a otro sitio distinto del lugar dónde se encontraba. Lo que implicará una revisión de las medidas acordadas, sobre todo, si hay menores. Ya sea un cambio en el régimen de visitas o incluso un cambio en el régimen de custodia. Puesto que, el interés de los menores¹ que prima ante cualquier otra consideración, está principalmente enraizado en la idea de que no se debe obstaculizar la relación del mismo con su padre o con su madre. Así como, en garantizar su estabilidad emocional y desarrollo personal, protegiéndolo ante una abrupta pérdida de contacto con alguno de sus progenitores o salida injustificada de su entorno familiar y social.

Por esta razón, cada caso tendrá que ser analizado en función de sus concretas circunstancias, sopesando los diferentes factores en juego como la posible

¹ Así lo considera la doctrina mayoritaria, encabezada por CARBAJO GONZÁLEZ, J.: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015, p. 4. Cuando señala que: “La concreción en este caso se resuelve en una proposición diseñada en sentido negativo: el sistema no puede dificultar la relación del menor con cada uno de los progenitores. [...] Así que la proposición judicial más bien parece insistir en la idea de que el mecanismo que se conciba no deba dificultar –en negativo– o incluso, deba facilitar o procurar –en positivo–, la relación con el progenitor no custodio, es decir, aquel favorecido por el derecho de visitas”.

• Gonzalo Muñoz Rodrigo

Abogado. Doctorando en Derecho Civil. Graduado en Derecho por la Universitat de València, obteniendo el Premio Extraordinario de Grado. Máster en Abogacía y en Derecho de la Empresa (Especialidad Mercantil) por la misma Universidad. Actualmente, se encuentra realizando el Doctorado en la Universitat de València sobre Derecho Civil, también colabora habitualmente con el Instituto de Derecho Iberoamericano, así como ha publicado varios artículos en revistas científicas. gonmuro@idibe.org.

justificación del traslado, pero sin perder de vista el principio ante el cual muchas veces ceden los demás: el interés superior del menor. De este modo, el presente estudio se dirigirá a analizar bajo qué condicionantes pueden cambiar de domicilio los progenitores, especialmente el progenitor custodio que tiene a los menores en su compañía, qué criterios sigue la jurisprudencia en la materia, así como determinadas consecuencias que se derivan de la modificación del mismo.

II. CAMBIO DE DOMICILIO Y PATRIA POTESTAD.

Expuesto lo anterior, la primera pregunta que cabe hacerse es si es posible que uno de los progenitores cambie unilateralmente de domicilio cuando hay menores en común. Lógicamente, podemos pensar que esto dependerá de si estamos hablando del domicilio familiar o no, es decir, de si quién cambia de domicilio es el progenitor que tiene atribuida la custodia y, por tanto, el domicilio que va a ser modificado es el domicilio de los menores (el domicilio familiar).

Esto supone, como veremos en el apartado siguiente, que si el progenitor que cambia de domicilio es el progenitor no custodio que solo tiene atribuido el régimen de visitas. Su traslado implicará, generalmente, el paso de un régimen de visitas más convencional (fines de semana alternos, algunas visitas intersemanales y vacaciones por mitad) a un régimen de visitas más flexible (muchas veces un solo fin de semana al mes o ni eso, compensando con un mayor número de días de vacaciones, puentes y festividades). Sin que su desplazamiento a otro domicilio pueda ser restringido, ya que el hogar de los menores permanecerá invariable.

Sin embargo, cuando quién decide cambiar de domicilio es el progenitor custodio, la cuestión se complica considerablemente. Puesto que, en este escenario, el domicilio que se altera es el domicilio familiar. Por consiguiente, tendríamos que dilucidar si esa facultad estaría recogida dentro de la guarda y custodia o si en cambio pertenece al ámbito de la patria potestad y, en consecuencia, debe ser tomada por ambos progenitores. La cuestión no es baladí porque el Código Civil no se pronuncia al respecto y no aparece recogido entre los deberes/derechos que integran la patria potestad. El art. 154 CC se limita a decir que comprende: "1. Velar por ellos [los menores], tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. 2. Representarlos y administrar sus bienes".

Resulta clave en este ámbito diferenciar la guarda y custodia de la patria potestad. Mientras la primera se configura como una atribución que tiene uno de los progenitores cuando estos viven separados, salvo que se haya establecido la custodia compartida (y por tanto, ambos la disfruten); la segunda sigue correspondiendo a los dos y no la pierde el progenitor no custodio. Así, las decisiones del día a día que deben tomarse de forma ejecutiva estarían dentro de guarda y custodia, por el contrario, las decisiones más trascendentales que afectan

a la vida del menor, como puede ser su educación o el lugar dónde va a vivir, se encontrarían comprendidas en la patria potestad² y deben ser tomadas por los dos progenitores.

Pues bien, siguiendo lo anterior, la doctrina mayoritaria entiende ínsita en la patria potestad³ la fijación del domicilio de los menores, ante el silencio de la ley o mejor dicho su parquedad. Igualmente, la jurisprudencia como explico en el párrafo siguiente.

En síntesis, la STS 25 abril 2016⁴ resulta interesante en la medida que recoge cuál es la posición de la jurisprudencia entorno a los elementos que considera integrados en la patria potestad y entre ellos se encuentra la fijación del domicilio de los menores, cuando cita el fallo de primera instancia: “El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso, social y deportivo. Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo (público, concertado o privado) o contratación de actividades extraescolares a realizar (deportivas, formativas o lúdicas y en general todas aquellas que constituyen gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores); en la autorización de cualquier intervención médica, preventiva, curativa o quirúrgica incluidas las estéticas (salvo casos de urgente necesidad), tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, vacunas no previstas en el calendario oficial publicado por las autoridades sanitarias competentes, tratamiento de quimioterapia, etc. tanto si entrañan algún gasto como si están cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento de los menores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica y a la realización por los menores de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión (bautismo, comunión, confirmación y similares en otras religiones)

- 2 En similares términos se pronuncia CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?”, *Diario La Ley*, núm. 7206, 2009, p. 1, que indica que la guarda y custodia estaría integrada dentro de la patria potestad y consistiría en el “derecho-deber” del progenitor que tenga al menor en su compañía a tomar las decisiones del día a día y a cuidarlo, pero “cualquier otra decisión importante que afecte al desarrollo integral del menor constituye ejercicio de la patria potestad”. PINTO ANDRADE, C.: *La custodia compartida*, Vol. I, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2009, p. 35, también pone de relieve que existe una “relación del todo a la parte” entre la patria potestad y la guarda y custodia, por tanto, en una situación de “normal convivencia” no sería posible distinguirlas. Sin embargo, cuando tiene lugar la separación o el divorcio, la guarda y custodia se correspondería con “las funciones de ésta [patria potestad] que requieran de la convivencia (cuidado y compañía) con el hijo, pues no es posible que los padres realicen materialmente las funciones encomendadas en la patria potestad, sino que sólo el progenitor que tenga encomendada la convivencia o guarda podrá realizarlas”.
- 3 *Vid. Supra*, también NEVADO MONTERO, J. J.: “El cambio de domicilio unilateral por el progenitor custodio”, *La LEY: Derecho de familia*, núm. 16, octubre-diciembre, 2017, p. 12. Del mismo modo, DÍAZ SOLÍS, A.: “Divergencias en el ejercicio de la patria potestad, en especial autorización para el cambio de domicilio”, *Diario La Ley*, núm. 9186, 2018, p. 5, apunta que: “en modo alguno cabe dejar al arbitrio del progenitor que tenga atribuida la guarda y custodia, ya que tomar esa decisión unilateralmente [cambiar el domicilio del menor] excedería con mucho el ámbito del ejercicio ordinario de la patria potestad”.
- 4 STS 25 abril 2016 (Roj 2016, 1793).

así como en la decisión sobre la realización o no de un acto social relevante y el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontraran los menores en el momento de ser realizado; en la fijación y posteriores traslados de domicilio fuera de la provincia o al extranjero (salvo viajes vacacionales) siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas o relaciones vigente y/o apartarlos de su entorno habitual; y en la autorización para la salida del territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente”.

Esta postura jurisprudencial, no ha sido del agrado de todos y en su día ya se planteó si era posible restringir de esta forma al progenitor custodio en relación a su capacidad de fijar su domicilio y el de los menores. No obstante, el Supremo ya señaló en la STS 15 octubre 2014⁵ que: “Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia. Y si la determinación del domicilio de los menores debe estar presidida por el principio de protección que todos ellos merecen, en el marco del proceso matrimonial, la sentencia recurrida debe mantenerse por sus propios términos”. Confirmado en el mismo sentido por la STS 20 octubre 2014⁶, que reproduce en casi exactos términos dicha doctrina en su fundamento de derecho segundo.

Igualmente, la STS 18 enero 2017⁷, vuelve a poner el acento en que: “Lo importante y relevante no es si se puede coartar la libertad del progenitor custodio a elegir residencia, sino sobre la procedencia o improcedencia de pasar el menor a residir en otro lugar, lo que le puede comportar un cambio radical tanto en su entorno social como parental, con problemas de adaptación”. Es decir, ya podemos concluir que será el interés del menor el que determine fundamentalmente si se autoriza o no el traslado.

Dicho esto, queda claro que el traslado del progenitor custodio con los menores precisará necesariamente del acuerdo de ambos progenitores y quedará sometido al régimen del art. 156 CC, el cual determina en su primer párrafo que: “La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno

5 F.J. 4º, STS 15 octubre 2014 (Roj 2014, 3900).

6 STS 20 octubre 2014 (Roj 2014, 4072).

7 F.J. 3º, STS 18 enero 2017 (Roj 2017, 166).

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”.

No obstante, en caso de desacuerdo sigue diciendo que: “cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todos caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuir total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.

III. CAMBIO DE DOMICILIO CUANDO SE TRASLADA EL PROGENITOR NO CUSTODIO.

Como ya he adelantado antes, el cambio de domicilio del progenitor no custodio no encierra tanta dificultad y no existe norma que limite su libertad de fijar domicilio. De todos modos, esto no supone que no hayamos de tener presentes determinadas cautelas, ya que, a pesar de la distancia, sigue existiendo un derecho a relacionarse y comunicarse con sus hijos. Es más, no se trata de un privilegio del progenitor, sino de un derecho-deber que cumple la función de cubrir las necesidades emocionales y educativas de los hijos, así como de mantener los lazos afectivos entre estos y sus progenitores⁸. Por tanto, si no queremos incurrir en un incumplimiento de las medidas pactadas o impuestas judicialmente tras la ruptura matrimonial (debido a la imposibilidad de cumplirlas por la distancia geográfica), deberemos revisarlas y proponer unas nuevas que se ajusten a las nuevas circunstancias. Para ello, lo más recomendable sería que las partes pactasen un nuevo convenio regulador que posteriormente fuese homologado judicialmente o, en defecto de acuerdo, presentar una demanda de modificación de medidas ante el cambio de circunstancias acaecido.

Un buen ejemplo de modificación de régimen de visitas por traslado del progenitor no custodio es la SAP Las Palmas 27 junio 2017⁹, en dicha sentencia se describe la situación de la madre no custodia que se traslada a vivir de Las Canarias a Barcelona, lo que supuso el paso a un régimen de visitas flexible de puentes, festividades y vacaciones escolares. Asimismo, la resolución resulta de interés

8 Así, lo considera la doctrina mayoritaria, encabezada por RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 94 CC” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. J. RAMS ALBESA y R. M. MORENO FLÓREZ), Tomo II, Vol. 1º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 962; véase también, DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 94 CC” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 976; y ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch (Wolters Kluwer), 1ª ed., Madrid, 2019, pp. 25-26.

9 SAP Las Palmas 27 junio 2017 (AC 2017, 1191).

porque la sentencia de instancia que fija el mencionado sistema es recurrida en apelación por el padre custodio, alegando que el interés del menor también pasa por disfrutar de la presencia paterna durante los momentos de ocio y no solo a lo largo del año escolar. De esta forma, el Tribunal concluye que: “el menor tiene que tener un contacto lo más frecuente posible con la madre y esto se favorece concediéndole todos los puentes del año, carnavales y semana santa, pero que por otro lado el padre y el menor también han de poder disfrutar de la mutua compañía en períodos de ocio, y no solo durante el año escolar, y esto se cumpliría estableciendo el reparto de las vacaciones de navidad y verano entre ambos progenitores”.

Por último, como es lógico, en caso de que el traslado sea de poca entidad y no exista un cambio sustancial de las circunstancias¹⁰ que justifique una modificación de las medidas acordadas, en general, no habría razón para anudar al cambio de domicilio una consecuencia como la descrita en este apartado.

IV. CAMBIO DE DOMICILIO CUANDO SE TRASLADA EL PROGENITOR CUSTODIO.

A diferencia de lo anterior, cuando quién se traslada es el progenitor custodio con los menores, nos encontramos ante una decisión que sí afecta al ámbito de la patria potestad y debe ser consensuada entre los dos. Lo mejor, al igual que el supuesto anterior, es que las partes lleguen a un acuerdo que puede consistir también en una modificación del régimen de visitas para que el progenitor no custodio no pierda el contacto con los menores y pueda seguir formando parte de su vida. Del mismo modo, será recomendable que este convenio pase por la homologación judicial.

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos al igual que cierta parte de la doctrina¹¹, que cabría sostener una teoría ecléctica por la que los cambios de domicilio de escasa entidad que no implicasen una salida del entorno familiar o social, tampoco supusiesen un cambio de colegio, ni una modificación de las medidas adoptadas. A saber, un traslado a otro barrio de la misma población o incluso, desde mi punto de vista, a un pueblo u otra localidad muy cercana, no precisarían el consentimiento de ambos progenitores. Solamente sería necesario notificar de forma fehaciente a

10 Cómo señala ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, cit., p. 174, “no puede verse en la reforma legislativa una vía abierta para la solicitud de una modificación de medidas en ausencia de un cambio sustancial de las circunstancias”. Puesto que, como sigue diciendo: “las medidas definitivas son fijadas con vocación de futuro y permanencia en el tiempo, en evitación de que pequeñas incidencias, (...) aboquen a las partes a incesantes procesos de modificación de las mismas para su reajuste”.

11 PINTO ANDRADE, C.: “La decisión de cambio de residencia del menor: Cómo encararla jurídicamente de manera adecuada”, en el *Blog de Cristóbal Pinto* (Consultado el 18 mayo 2020) <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/>

la otra parte de la nueva situación, a pesar de que técnicamente seguiría estando dentro del ámbito de la patria potestad.

Sin embargo, lo usual es que estos asuntos acaben siendo muy conflictivos. Así, en mi opinión, diferenciaría dos grandes grupos de casos. Por un lado, aquellos en los que el progenitor custodio de buena fe hace saber al no custodio que, por diversos motivos, desea cambiar de domicilio a otro lugar, pero se encuentra con la oposición frontal del otro progenitor en relación con sacar a los menores de su entorno habitual. A su vez, este primer grupo tendría una variante, consistente en que el no custodio no se opone al traslado, pero solicita el cambio de custodia. Por otro lado, tendríamos aquellos, más peligrosos, en los cuales el progenitor custodio decide cambiar de domicilio unilateralmente sin contar con el consentimiento del no custodio, los que, obviamente, pueden implicar consecuencias muy graves.

Si seguimos el primer grupo de casos, al progenitor custodio de buena fe le puede resultar muy útil proceder de una determinada forma, con el objeto de intentar minimizar los problemas con el otro progenitor. Aunque inevitablemente acaben acudiendo a los tribunales para que el juez decida.

Para esto, retomaré la ya mencionada STS 25 abril 2016, la cual también establece el procedimiento a seguir para informar sobre el cambio de domicilio: “Cada progenitor deberá comunicar al otro con una antelación mínima de 20 días su intención de cambiar de domicilio en la misma población o de 60 días si es en otra población. Si dicho cambio de domicilio de un progenitor deviene incompatible con el régimen de estancias del otro progenitor con sus hijos, ambas partes de común acuerdo deberán revisar el régimen de relaciones y visitas para alcanzar otro sistema que salvaguarde la relación de los menores con cada progenitor, considerando el interés superior de los hijos. Y todo ello sin perjuicio de solicitar el progenitor que lo estime necesario la oportuna modificación de medidas a través del trámite procesal oportuno”.

Asimismo, no debemos olvidar que la patria potestad se puede ejercer con el consentimiento tácito del otro progenitor, por lo que si se prueba que la intención de traslado fue comunicada de forma fehaciente y el no custodio decidió ignorarla, se podrá entender que ha consentido de forma tácita el cambio de domicilio. A este respecto, traería a colación una conclusión que tuvo lugar en las Jornadas Encuentro entre Abogados, Jueces y Secretarios de 2012, según la cual: “Los progenitores que ejercen la potestad parental, patria potestad, autoridad parental, y/o autoridad familiar, con independencia de cual sea el progenitor custodio y el progenitor que solo tenga derecho de visitas, salvo que la autoridad judicial haya dispuesto otra cosa, necesitan el consentimiento expreso o tácito del otro para cambiar el lugar de residencia del menor si esto le aparta de su entorno habitual. Se entiende que se ha conferido tácitamente si ha vencido el plazo de 30 días

desde la notificación, debidamente acreditada para obtenerlo, y el otro progenitor no ha se ha opuesto por cualquier medio admitido en derecho. En caso de que sea necesaria una resolución judicial se considera que la misma ha de obtenerse a través de un procedimiento sumario en toda su tramitación incluida la apelación”¹².

Finalmente, si tras la correcta comunicación, el progenitor no custodio se opone al cambio de domicilio de los menores, quedaría expedita la vía judicial. En principio, una divergencia puntual sobre las decisiones cubiertas por la patria potestad debería ser encauzada a través del procedimiento regulado en el art. 85 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. No obstante, cuando nos encontramos ante un supuesto como el presente en el cual se puedan ver afectadas las medidas definitivas acordadas por sentencia firme o convenio regulador, porque se establezca un nuevo régimen de visitas en caso de autorizar el cambio o ,tal vez, se modifique la custodia inicialmente determinada, tendremos que acudir al procedimiento regulado en el art.775 LEC¹³.

Dicho esto, en el segundo grupo de situaciones nos encontraríamos aquellas en las cuales el progenitor custodio decide de forma unilateral cambiar el domicilio de los menores sin el consentimiento del otro progenitor. Estas conductas, sobre todo si implican una lejanía tal que impiden el contacto con el progenitor no custodio (véase un traslado al extranjero), pueden acarrear graves consecuencias, por ejemplo, constituir un supuesto de sustracción internacional de menores. De todos modos, no constituye el objeto de este estudio analizar dichas figuras sino centrarnos en cómo articular desde un punto de vista civil el cambio de domicilio, así como los criterios que a los efectos del mismo sigue nuestra jurisprudencia.

A pesar de ello, cabe destacar, a modo de análisis de tales situaciones, que la necesidad de actuar rápido, incluso de manera preventiva, resulta en ocasiones lo más adecuado. En ese sentido, si existen sospechas fundadas de que se va a producir dicho escenario, no hay que perder de vista las medidas cautelares que propone el Código Civil en el art. 158.3º para evitar la sustracción de los hijos, esto es: “a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa; b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiera expedido; c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor”. Las dos primeras son verdaderamente drásticas, aunque pueden ser muy útiles si existen indicios suficientes para sospechar que el custodio va a sacar al menor del país. La tercera, en cambio, tiene más sentido desde un punto de vista geográfico nacional, y puede servir para poner sobre aviso al progenitor custodio de que, si procede a trasladar al menor a otro punto del

¹² Así lo recoge NEVADO MONTERO, J. J.: “El cambio”, cit., p. 6.

¹³ Comparte nuestra opinión, DÍAZ SOLÍS, A.: “Divergencias”, cit., p. 3.

Estado, nos situaríamos ante un claro incumplimiento de resolución judicial lo que puede redundar en una pérdida de custodia.

De hecho, pondría de relieve hasta que punto es importante la prevención con la STS 18 abril 2018¹⁴, pues muestra cuál es la postura del Supremo ante alteraciones de domicilio de los menores que, si bien han sido irregulares, ya se han consolidado con el paso del tiempo. En dicha sentencia, los antecedentes fueron los siguientes: En 2015 la progenitora custodia informa al progenitor custodio su intención de trasladarse con la menor de Vitoria (Álava) a Oñati (a 38 km de distancia, en Guipúzcoa), pues su nueva pareja tiene trabajo allí e igualmente viven con él sus dos hijos de un anterior matrimonio. El progenitor custodio se niega pues considera que no es apropiado que su hija salga de su entorno en Vitoria y pase a vivir a Oñati. Sin embargo, a pesar de la oposición de su ex cónyuge, la progenitora custodia decide de forma unilateral efectuar el traslado, ante lo cual, una vez consumado, el no custodio presenta una demanda de modificación de medidas solicitando al Juzgado que establezca el sistema de guarda y custodia que considere más adecuado en función de las circunstancias, pero que la menor sea reintegrada en su entorno y siga estudiando en Vitoria. La tramitación se complica y llega hasta el Supremo, resolviéndose tres años después.

Pues bien, el Alto Tribunal señala que, si bien la actitud de la ex cónyuge es “reprobable”, ello no supone que deba “acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor”. El Supremo centra el asunto desde el punto de vista del interés del menor ante cualquier otra consideración. Sigue diciendo que: “Es forzoso reconocer que casi tres años después de efectuado el cambio de residencia es difícil abordar la cuestión, dado que la menor se ha enraizado en un nuevo entorno, en un nuevo colegio, con nuevas amigas/os y vecinos. En esa nueva ciudad, Oñati, de la que es natural el marido de su madre (D. Jaime), el mismo trabaja en una fábrica, en dicha localidad reside la familia extensa de D. Jaime. También en Oñati están escolarizados en el mismo colegio los dos hermanos (de vínculo sencillo) de Agustina. Igualmente en el mismo colegio trabaja la cuñada de la hoy recurrente”¹⁵.

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

¹⁴ STS 18 abril 2018 (Roj 2018, 1383).

¹⁵ F.J. 6º, STS 18 abril 2018 (Roj 2018, 1383).

En definitiva, el Supremo indica que no le parece lo más adecuado someter a la menor a la inestabilidad de un nuevo cambio de domicilio, cuando ya parece adaptada a su nuevo entorno, sin que haya surgido ningún inconveniente que aconseje su vuelta a Vitoria. Y al mismo tiempo, considera que ese argumento pesa más que dicho traslado se haya producido por la vía de hecho, incluso llega a decir que si el demandante quería evitar este escenario tendría que haber interpuesto las correspondientes medidas cautelares.

De esta forma, mantiene la custodia de la madre y establece que se tendrá que fijar un nuevo régimen de visitas en el cual los gastos de desplazamiento no perjudiquen al progenitor no custodio.

En un pronunciamiento reciente el Supremo se ha vuelto a pronunciar sobre la cuestión¹⁶, el supuesto de hecho era parecido. La madre custodia decide unilateralmente sin el consentimiento de la madre no custodia llevarse a la menor de Vitoria a Alicante. Tras la correspondiente demanda y los subsiguientes trámites, llega hasta el Alto Tribunal, el cual señala que siendo imposible establecer un sistema de custodia compartida por la distancia de 400 km de ambas localidades y que, por tanto, deberá recurrirse a la custodia monoparental, decide mantener la custodia en la progenitora que la ostentaba. Porque, "el cambio de residencia unilateralmente acordado, es reprochable, pero ello no puede acarrear una sanción que perjudique el interés de la menor". Así, "a la vista de estos datos, esta Sala, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, ha de sustentar su decisión en el fundado informe psicosocial, al no constar con otro argumento más poderoso (art. 92 CC), por lo que se ha de estimar el recurso de Dña. Paulina, íntegramente, de forma que se declara que la custodia de la menor se ostentará por Dña. Paulina en la localidad de DIRECCION010, sin perjuicio de que la concreción del sistema de visitas, alimentos y medidas derivadas y necesarias tras un proceso de divorcio, en relación con la menor, se desarrollará en ejecución de sentencia [...]".

V. CRITERIOS DEL SUPREMO ANTE EL CAMBIO DE DOMICILIO DE LOS MENORES.

I. Criterios generales.

Una vez ya nos encontramos ante una solicitud de autorización judicial para cambio de domicilio de los menores porque los progenitores no llegan a un acuerdo, toca analizar cuáles son los criterios a los que suele recurrir la jurisprudencia para denegar o autorizar el mismo.

En primer lugar, destacaría que, desde hace un tiempo, nuestra jurisprudencia en general y el Tribunal Supremo en particular no cae en el reduccionismo de identificar el interés del menor con la necesidad de permanecer en un entorno determinado porque sea negativo salir del ambiente social en el que hasta el momento había vivido. Todo lo contrario, considera que en una sociedad como la actual, el cambiar de residencia puede resultar hasta enriquecedor y no se puede entender a priori como una circunstancia nociva para el desarrollo de los menores. De hecho, la SAP Barcelona 14 septiembre de 2011¹⁷ ya apuntaba que: “Los hijos no nacen anclados a un lugar físico determinado, a una ciudad o a un territorio sino que, en todo caso, están fuertemente vinculados al domicilio de su familia y al lugar en el que desarrollan la vida habitual sus progenitores. Cuando se produce la separación de éstos y el cambio de domicilio de alguno de ellos, es deseable que se mantenga una cierta normalidad para que las modificaciones consiguientes a la ruptura afectiva entre sus padres no le repercutan negativamente, pero no es éste un bien absoluto en sí mismo, puesto que lo esencial sigue siendo la determinación del superior interés del menor”. Es decir, lo fundamental consiste en que se encuentren acompañados de las personas que favorezcan su estabilidad emocional y repercutan positivamente en su evolución como personas. No en que residan en una concreta localidad.

En similares términos, la SAP Barcelona 8 abril 2016¹⁸, pone de relieve, a la hora de valorar la opinión del menor sobre el cambio de domicilio, que: “Es evidente que todo cambio produce sensaciones y sentimientos encontrados, y que es sumamente difícil la adaptación a los mismos. Mas la experiencia demuestra, y en ello es buena muestra la movilidad de ciertas profesiones (como ocurre con una buena parte de los funcionarios públicos), o la que impone la vida de excelentes deportistas, investigadores y científicos, que la capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias que aportan los cambios de residencia en la niñez y en la juventud, lejos de ser un riesgo para los hijos es una oportunidad para el aprendizaje y la preparación para afrontar los retos de la sociedad del siglo XXI en la que la movilidad personal, condicionada por muchas y muy diversas circunstancias, va a ser una característica relevante”.

En ese sentido, la jurisprudencia considera mucho más decisivo, en el momento de autorizar o no el cambio de domicilio, si la medida está realmente justificada y es razonable, por ejemplo, porque el progenitor custodio haya encontrado trabajo en otra localidad o haya rehecho su vida con otra persona y pase a vivir con ella en otro lugar. Poniendo el foco de atención en que la alteración de la residencia no constituya una mera estratagema para obstaculizar la relación del menor con el progenitor no custodio.

17 F.J. 2º, SAP Barcelona, 14 septiembre 2011 (Roj 2011, 9953).

18 F.J. 6º, SAP Barcelona, 8 abril 2016 (Roj 2016, 3303).

Un buen ejemplo de autorización de cambio de domicilio porque el progenitor custodio ha encontrado trabajo en otro municipio es la STS 10 septiembre 2015¹⁹, el supuesto de hecho es el siguiente: La madre custodia residente en Porto Colom (Mallorca) encuentra empleo de profesora de colegio en Sitges (Barcelona), tras comunicarlo a su ex cónyuge este se niega al cambio de domicilio. Entonces, presenta demanda de modificación de medidas alegando que en el futuro ya no será posible cumplir con las medidas pactadas pues se tendrá que trasladar a Sitges, implicando como mínimo un cambio en el régimen de visitas. En la contestación de la demanda, el progenitor no custodio alega que no tiene inconveniente en el cambio de domicilio de su ex esposa, pero que en ese caso solicita la custodia de los menores.

En Primera Instancia, el Juzgado de Manacor da la razón al padre pues considera que sus posibilidades económicas y que todo su entorno familiar (tanto materno como paterno) resida en la isla resulta mucho más beneficioso para los menores. En apelación, la Audiencia de Palma de Mallorca estima el recurso de la madre pues entiende “que dicho cambio de domicilio no supondrá problemas de adaptación de los menores. Que durante la convivencia de los progenitores era la madre la que se ocupaba personalmente y en mayor medida a atender todas sus necesidades, aunque el padre le ayudara cuando sus ocupaciones laborales se lo permitían. Asimismo, señala que por la profesión de la madre (maestra de escuela), esta ha podido cuidar y podrá cuidar en el futuro de sus hijos de manera personal y sin necesidad de acudir habitualmente a la ayuda de terceras personas al coincidir su horario laboral con el horario escolar de los menores mientras que el padre por razón de su trabajo precisaría de la asistencia y ayuda de terceras personas para cuidar de los menores”.

Recurrida en casación la sentencia, el Supremo confirma la resolución de segunda instancia habida cuenta que en “la sentencia recurrida se ha velado por el interés de los menores, analizando exhaustivamente la situación de los mismos, partiendo de la aptitud de ambos progenitores, pero concluyendo que la guarda y custodia por la madre era la mejor opción posible, dado que esa fue la situación adoptada, de común acuerdo, por ambos miembros de la pareja, al iniciarse la crisis, unido a que la profesión de la madre como maestra le permitía una mejor adaptación a los horarios de los menores, sin necesidad de acudir al apoyo externo, del que el padre sí ha precisado al regentar un negocio familiar”²⁰.

Como se puede observar, el Tribunal Supremo no considera perjudicial para los menores el cambio de entorno o que se tengan que adaptar a una nueva realidad vital. Sino que da más importancia a exista un motivo justificado para

¹⁹ STS 10 septiembre 2015 (RJ 2015, 5991).

²⁰ F.J. 4º, STS 10 septiembre 2015 (RJ 2015, 5991).

alterar la residencia y, sobre todo, otros factores como la mejor conciliación familiar de la que disfruta la madre custodia por su trabajo y el hecho de que fuese ella la encargada de la guarda y custodia de los menores en virtud del convenio regulador que se pactó tras la ruptura. En otras palabras, considera que, si la custodia se ha ido desarrollando positivamente, su modificación puede implicar más desventajas que mejoras.

Por último, la sentencia otorga un amplio régimen de vistas al padre para compensar la distancia geográfica, incluyendo la totalidad de las vacaciones de Semana Santa y puentes. Sin perjuicio de que, manteniendo lo precedente, puedan adoptar el reparto que consideren más beneficioso para los menores como ya lo venían haciendo antes.

Sentado lo anterior, cuando no exista un motivo razonable para justificar el cambio de domicilio o el interés del menor lo desaconseje por tratarse de una “decisión caprichosa” del progenitor custodio, la jurisprudencia tiende a restringir la modificación del domicilio de los menores²¹. Prueba de ello, es la STS 15 octubre 2015²², en dicha sentencia se plantea la siguiente situación: la madre custodia decide tras el divorcio cambiar de domicilio pues, según ella, existe un ambiente de tensión con la familia paterna en la localidad donde residen, Billabona (Guipúzcoa). Por lo que pretende irse a Tolosa en la misma provincia. En primera instancia, el Juzgado mantiene la guarda y custodia de la madre, otorgándole la facultad de elegir el domicilio de los menores. En apelación, la Audiencia Provincial, no modifica la guarda y custodia (mientras por el ex cónyuge se solicitaba una custodia compartida), pero retira la potestad de elegir el domicilio.

El Supremo finalmente confirma la resolución de segunda instancia pues considera que no existen razones fundadas para alterar la residencia de los menores, es más señala que el interés de los mismos aconseja que se queden en Billabona. Los principales argumentos del Supremo son: Por un lado, que alejar a los menores de su entorno paterno no va a mejorar la situación existente, todo lo contrario, según el informe psicosocial es más probable que empeore. Por otro lado, que la ubicación de la nueva residencia en el Polígono Industrial Usabal 29-I de Tolosa, no es el mejor ambiente para el domicilio de los menores. Pues Billabona “ofrece mayores y mejores prestaciones para los menores en áreas

21 Un sector de la doctrina igualmente lo considera, véase CALLEJO RODRÍGUEZ, C., “Determinación del domicilio del menor y su modificación”, *La LEY: Derecho de Familia*, núm. 10, 2016, p. 5. “La razonabilidad de la decisión del cambio de residencia lleva a analizar cuál es su origen y causa real. Para la valoración de este criterio, como ya hemos señalado, se parte de que el cambio de residencia no tiene que ser necesariamente perjudicial para los menores, pero tampoco puede responder a una decisión caprichosa del progenitor custodio y menos aún, que su finalidad sea obstaculizar o impedir la relación con el otro progenitor”.

22 STS 15 octubre 2015 (RJ 2014, 4894).

tales como parques infantiles, cercanía de los domicilios de los amigos, ikastola, parroquia, lo que favorece a su desarrollo integral”²³.

En relación con la custodia compartida, el Tribunal indica que “es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de los tres niños desde su nacimiento hasta el momento actual, quien por tal motivo dejó de trabajar, y sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo en cuanto a las labores de cuidado, atención y correcto ejercicio de las funciones parentales; que el padre tiene una menor disponibilidad de tiempo para el cuidado y la atención de los mismos; que ‘de la prueba practicada, esencialmente el Dictamen del equipo Psicosocial y el interrogatorio de la Sra. Elisabeth, entendemos que existe una relación de conflictividad centrada, fundamentalmente, entre la Sra. Elisabeth y la familia paterna’, que puede no resultar beneficiosa para los hijos teniendo en cuenta las labores de cuidado y atención que deberían prestarles en razón a esa escasa disponibilidad de tiempo por parte del padre; todo lo cual no parece la fórmula idónea para proteger el interés de los menores que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida”²⁴. Es decir, para este expediente si considera relevante la existencia de una mala relación con la familia paterna, ya que dadas las circunstancias será esta y no el padre no custodio quién atienda mayoritariamente a los menores durante el período de visitas. Igualmente, como ya he apuntado anteriormente, se valora positivamente para mantener la custodia que ya fuera ella quién se ha encargado de los menores, sin que, además, haya surgido ningún problema.

Cierto autor señala que para valorar la adecuación o no de la medida de cambio de domicilio, sin olvidarnos de los criterios que ya hemos señalado, deberemos llevar a cabo una “una simulación de escenarios, no con dotes adivinatorios, sino basada en hechos objetivos, es decir, respondiendo a las siguientes preguntas: Cómo se va a solucionar en la nueva ciudad el problema de vivienda, colegio, atención médica; apoyos de terceras personas si el progenitor custodio y su nueva pareja trabajan, etc.”²⁵. En consecuencia, podríamos concluir que si efectuamos ese análisis y no se desprende que la nueva situación vaya a afectar negativamente a los menores, pues van a tener todas sus necesidades cubiertas, los tribunales no deberían poner ningún obstáculo a su efectividad. Siempre y cuando, claro está, se trate de una medida razonable y no responda a un intento de dificultar la relación de los menores con su otro progenitor.

Para terminar, no podemos dejar de mencionar que, tal como recoge la Ley, se deberá oír a los menores cuando tengan suficiente madurez y, en todo caso, si

23 F.J. 4º, STS 15 octubre 2015 (RJ 2014, 4894).

24 F.J. 5º, STS 15 octubre 2015 (RJ 2014, 4894).

25 PÉREZ MARTÍN, A. J.: “Petición de cambio de custodia por traslado del progenitor custodio a la ciudad donde reside su nueva pareja”, *Revista Aranzadi de Derecho de Familia*, núm. 83, 2019, p. 3.

son mayores de doce años (art. 156 CC). Sobre esta idea la doctrina ha puesto manifiesto que el menor ha de ser “capaz de expresar su opinión, de forma madura y razonable, y siempre que la decisión a adoptar por los padres, le afecte directa o indirectamente, pues, de no afectarle el menor no ha de ser oído. Es claro que, operan en este precepto dos criterios subjetivos: el suficiente juicio y que la decisión afecte al menor”²⁶. En mi opinión, añadiría que, como también ha podido apreciar la jurisprudencia, la mera negativa injustificada del menor de abandonar su hogar por el propio temor o rechazo natural a los cambios (que puede deberse a la incertidumbre que le genera su nuevo colegio, el alejamiento de sus amigos, etc.) no puede tener un peso especial en la valoración del Tribunal.

Así se desprende de la SAP Málaga 15 junio 2015²⁷ cuando dice que: “el hecho de que Sonsoles quiera permanecer en Marbella no es sino el deseo de que su vida no se altere, pero la misma no refirió ni consta ninguna circunstancia objetiva que desaconseje que sea llevada a Madrid por causarle un perjuicio cierto más allá de lo ya expuesto; que tal como puso de manifiesto el Ministerio Fiscal no cabe otorgar a la pericial de parte más valor que el hecho de que constata el deseo de la niña de permanecer en Marbella, ya que la Sra. psicóloga no ha entrevistado a la madre ni comprobado el vínculo afectivo que mantiene la niña con ella; y por último, pese a las alegaciones de que la menor no mantiene una buena relación con la actual pareja de la madre porque el mismo no le presta atención, no se ha constatado que tal pareja haya influido o pueda hacerlo de forma negativa en aspecto alguno relacionado con Sonsoles. Y teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye en la Sentencia recurrida que se causaría un mayor perjuicio a la niña privándola de la compañía de la madre en la forma en que la ha venido disfrutando desde su nacimiento, que permitiendo su traslado a Madrid, cabiendo fijar un régimen de visitas que asegure y afiance la relación con el padre pese a tal traslado, así como que la menor conviviendo con su madre pasará más tiempo con ésta que el que podría dedicarle su padre”.

2. El caso particular de la custodia compartida.

Cuando el sistema del que partimos es el de custodia compartida y no la custodia monoparental, el escenario que se nos presenta ante un cambio de domicilio de uno de los progenitores es un tanto diferente. Pues, de entrada, a partir de una determinada distancia lo aconsejable será siempre el cambio de sistema de guarda y custodia compartida a monoparental²⁸. Además, algunos criterios decisivos que hemos apuntado, como es la positiva valoración que generalmente

26 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “La audiencia del menor en los procesos judiciales”, *La LEY: Derecho de Familia*, núm. 7, 2015, p. 2.

27 F.J. 4º, SAP Málaga, 15 junio 2015 (Roj 2015, 2114).

28 El Supremo indica que a partir de 50 km ya es recomendable pasar a una custodia monoparental. En cambio, si la modificación es de muy poca distancia, no sería necesario alterar el sistema.

hacen los tribunales hacia el progenitor custodio que hasta el momento ha estado cuidando de los menores (debido a que, muchas veces, se pactó por las partes que fuese él quién se encargase de esa labor); pierden el sentido, ya que ambos han compartido esa función.

Así, desde mi punto de vista, cobrarán mucha más importancia otros factores como la conciliación familiar de cada uno de los progenitores (o más posibilidades de apoyo familiar) e incluso, posiblemente, la salida del entorno social ya no se verá con tanta ligereza cómo se hace cuando quién debe trasladarse es el progenitor custodio. Habida cuenta que, si ambos han estado colaborando, más o menos, en la misma medida en las labores de cuidado y custodia de los menores, ninguno de los dos podrá valerse de dicho argumento para poder conservar la custodia de los menores. Es decir, ninguno podrá alegar un mayor derecho por ese motivo. Por consiguiente, en dichas circunstancias, el progenitor que por razones de trabajo deba abandonar el entorno en el que se encontraba hasta el momento e irse a otro punto de la geografía nacional, seguramente perderá la custodia y deberá establecerse un régimen de comunicación y estancia. Más aún, si el progenitor que permanece dispone de mayores posibilidades de conciliación familiar, parientes que le puedan ayudar, etc.

Algunos pronunciamientos recientes sobre el cambio de domicilio en relación con la custodia compartida son: La ya mencionada STS 28 enero 2020 por la cual el Supremo deniega la custodia compartida concedida en segunda instancia, habida cuenta que la extrema distancia entre los nuevos domicilios de las madres era de 400 Km. En ese sentido, se establece la custodia monoparental a la progenitora saliente a pesar de que se había llevado unilateralmente de su domicilio a la menor. Aquí se observa la tendencia que tiene la jurisprudencia de mantener las situaciones consolidadas.

También puede resultar de interés la STS 25 noviembre 2019²⁹, en ella se resuelve un caso en el cual la madre custodia traslada su domicilio solamente a cuatro kilómetros de distancia. Esta circunstancia parece a priori insignificante a efectos de solicitar una modificación de medidas, así como en relación con el consentimiento del otro progenitor por cambio de residencia de los menores. Sin embargo, el Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el padre, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial se limita a “constatar que no se aprecia cambio de circunstancias que pueda fundamentar dicha modificación desde la custodia exclusiva a la compartida por ambos progenitores”. Cuando, en opinión del Alto Tribunal, sí la habría no solo por el cambio de domicilio a cuatro kilómetros de distancia, sino también porque “éstas tienen ya tres años más que en la fecha de la sentencia de divorcio e incluso, como pone de manifiesto la sentencia de

29 STS 25 noviembre 2019 (Roj 2019, 3855).

primera instancia -remitiéndose al informe pericial- la figura de referencia de las menores es la abuela paterna”.

La presente decisión del Supremo se podría explicar desde la perspectiva de que, desde hace un tiempo, existe una opinión mayoritaria en la jurisprudencia que aboga por la custodia compartida. De hecho, la propia sentencia se encarga de ponerlo de manifiesto. Y, en ese sentido, se podría decir que la evolución de las circunstancias se utiliza a modo de “excusa” para introducir un sistema que se considera más beneficioso para los menores. Es decir, aunque no nos encontremos ante una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de fijar las medidas, propiamente dicha, pesa más el interés de los menores tal como lo interpreta el tribunal³⁰.

VI. LOS GASTOS DE TRASLADO A CAUSA DEL CAMBIO DE DOMICILIO.

Para terminar, una de las cuestiones que será necesario abordar tras el efectivo cambio de domicilio (sea del progenitor que sea) será el reparto de los gastos por el desplazamiento para ejercer el derecho de visitas. Especialmente, cuando se trate de una distancia considerable. El fundamento de este reparto lo podemos entender igualmente ínsito en el interés del menor, pues como ya he indicado al principio del estudio, se interpreta en este ámbito como el derecho del menor a relacionarse con sus progenitores, sin que la ruptura sea motivo para obstaculizar su contacto. De esta forma, un reparto de los gastos que repercutiese la totalidad del esfuerzo económico para visitar a los menores en uno de los progenitores, perjudicaría al menor en la medida que podría impedir *de facto* la efectividad de las visitas.

Dicho esto, la doctrina existente sobre la materia fue fijada por la STS 26 de mayo 2014³¹, la cual señala, como regla general, en defecto del deseable acuerdo entre las partes, que: “Cada padre/madre recogerá al menor del domicilio del progenitor custodio, para ejercer el derecho de visita, y el custodio lo retornará a su domicilio. Este será el sistema normal o habitual. Subsidiariamente, cuando a la vista de las circunstancias del caso, el sistema habitual no se corresponda con los principios expresados de interés del menor y distribución equitativa de cargas, las partes o el juez podrán atribuir la obligación de recogida y retorno a uno de los progenitores con la correspondiente compensación económica, en su caso y

30 Se percató de ello, ÁLVAREZ OLALLA, P.: “Modificación de medidas y custodia compartida, Comentario la STS 20 noviembre 2018”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019, p. 7. Si bien, luego señala que esta postura no está consolidada y es posible encontrar fallos en uno y en otro sentido, aunque la no concesión de custodia compartida se apoya más en la falta de informe psicosocial que en la constatación de que no ha habido alteración sustancial de las circunstancias. ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho*, cit., p. 182 y ss., también observa la tendencia del Tribunal Supremo a no considerar la alteración sustancial de las circunstancias como “un requisito *sine qua non*” para modificar el régimen de comunicación y estancia. Siendo suficiente que el interés del menor aconseje el cambio del mismo.

31 STS 26 mayo 2014 (Roj 2609, 2014).

debiendo motivarse en la resolución judicial. Estas dos soluciones se establecen sin perjuicio de situaciones extraordinarias que supongan un desplazamiento a larga distancia, que exigirá ponderar las circunstancias concurrentes y que deberán conllevar una singularización de las medidas adoptables³².

Si bien es cierto que propone una solución, no fija exactamente como repartir los gastos, solamente indica los principios que se deben seguir en este caso, tales como: “es preciso un reparto de cargas, de forma que ambos progenitores sufragan los costes de traslado de forma equilibrada y proporcionada a su capacidad económica, teniéndose en cuenta sus circunstancias personales, familiares, disponibilidad, flexibilidad de horario laboral, etc.”. A mayor abundamiento, también añade que: “es preciso que se establezca un sistema prioritario y otro subsidiario, dado que pueden presentarse diferentes situaciones y será necesario ofrecer soluciones alternativas adaptadas a las particularidades de cada situación”.

Al final, lo más importante de la sentencia es la puesta en valor de los principios de reparto equitativo de cargas y el siempre presente interés del menor (entendido como la no obstrucción de la relación del mismo con el progenitor no custodio, a través de obstáculos como la completa atribución de los gastos de visita). Desterrando de la doctrina del Supremo la idea de que debe ser el progenitor no custodio quién debe hacerse cargo íntegramente del desplazamiento en el régimen de comunicación y estancia con todo lo que acarrea, y planteamientos en la línea de la sentencia casada, en el sentido de justificar la atribución de la obligación de recogida y entrega al padre por haber cambiado de domicilio y, en consecuencia, de localidad de residencia. Más aún, cuando en las relaciones laborales actuales los traslados son comunes y, en ocasiones, innegociables.³³

32 F.J. 2º, STS 26 mayo 2014 (Roj 2609, 2014).

33 En este sentido, ya me pronuncié en MUÑOZ RODRIGO, G.: “El desplazamiento en el régimen de comunicación y estancia”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020, p. 735.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P.: "Modificación de medidas y custodia compartida, Comentario la STS 20 noviembre 2018", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 110, 2019.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "La audiencia del menor en los procesos judiciales", *La LEY: Derecho de Familia*, núm. 7, 2015.

CALLEJO RODRÍGUEZ, C., "Determinación del domicilio del menor y su modificación", *La LEY: Derecho de Familia*, núm. 10, 2016.

CAMPO IZQUIERDO, A.L.: "Guarda y custodia compartida. ¿Se debe condicionar su concesión a que exista un informe favorable del Ministerio Fiscal?", *Diario La Ley*, núm. 7206, 2009.

CARBAJO GONZÁLEZ, J.: "Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 97, 2015.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 94 CC" en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍAZ SOLÍS, A.: "Divergencias en el ejercicio de la patria potestad, en especial autorización para el cambio de domicilio", *Diario La Ley*, núm. 9186, 2018.

MUÑOZ RODRIGO, G.: "El desplazamiento en el régimen de comunicación y estancia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, febrero 2020.

NEVADO MONTERO, J. J.: "El cambio de domicilio unilateral por el progenitor custodio", *La LEY: Derecho de familia*, núm. 16, octubre-diciembre, 2017.

ORDÁS ALONSO, M.: *El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad*, Bosch (Wolters Kluwer), 1ª ed., Madrid, 2019.

PÉREZ MARTÍN, A. J.: "Petición de cambio de custodia por traslado del progenitor custodio a la ciudad donde reside su nueva pareja", *Revista Aranzadi de Derecho de Familia*, núm. 83, 2019.

PINTO ANDRADE, C.:

La custodia compartida, Vol. I, Bosch, 1ª ed., Barcelona, 2009.

“La decisión de cambio de residencia del menor: Cómo encararla jurídicamente de manera adecuada”, en el *Blog de Cristóbal Pinto*, (Consultado el 18 mayo 2020), <https://www.jurisprudenciaderechofamilia.wordpress.com/>

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Comentario al art. 94 CC” en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (coord. J. RAMS ALBESA y R.M. MORENO FLÓREZ), Tomo II, Vol. 1º, Bosch, Barcelona, 2000.