



**Universidad
Zaragoza**

Trabajo Fin de Grado

Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón 11/2016, 8 de marzo, sobre derecho de visitas de los ascendientes

-

**(Comment to the decision of the High Court of Justice of Aragon
11/2016, 8 of march, about the right of visits to the ascendants)**

Autora.

Dña. Andrea Rodríguez Duarte.

Director.

Profesor, Dr. José Luis Moreu Ballonga.

Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza

2018/2019

ÍNDICE

I. LISTADO DE ABREVIATURAS	4
II. INTRODUCCIÓN	5-6
III. HECHOS DEL CASO Y LAS DOS PRIMERAS INSTANCIAS	
1. Hechos del caso de la STSJA 11/2016, 8 de marzo, sobre el derecho de visitas de los ascendientes	7-8
2. Sentencia de Primera Instancia de 1 de octubre de 2014	8-10
3. Sentencia de Audiencia Provincial de 30 de junio de 2015, sección Segunda.	10-11
4. Autos aclaratorios de 15 y 22 de julio de 2015	11
IV. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN 11/2016, DE 8 DE MARZO DE 2016	
1. Fundamento tercero y cuarto	12-14
2. Fundamento quinto y sexto	14-24
3. Fundamento séptimo	24-26
4. Fundamento octavo	26
5. Fallo	26
V. VOTO PARTICULAR	26-28
VI. CONCLUSIONES	28-29
VII. BIBLIOGRAFÍA	29-30
VIII. JURISPRUDENCIA CITADA	30-32

I. LISTADO DE ABREVIATURAS.

AP.	Audiencia Provincial.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
CE.	Constitución Española.
EAA.	Estatuto de Autonomía de Aragón.
LEC.	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LOPJ.	Ley Orgánica del Poder Judicial.
MF.	Ministerio Fiscal.
Núm.	Número.
TS.	Tribunal Supremo
TSJ.	Tribunal Superior de Justicia.
TSJA.	Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

II. INTRODUCCIÓN

Cuestión tratada en el Trabajo de Fin de Grado

Con el comentario de la STSJA 11/2016, de 8 de marzo, se analiza la cuestión sobre el derecho de visitas de los ascendientes.

La primera norma que encontramos en regular esta materia es la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres. No obstante, con la entrada en vigor (en fecha 23 de abril de 2011) del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, mediante el que se aprueba el Código de Derecho Foral de Aragón, se refunde en él la mencionada Ley.

Debemos destacar que el contenido de los preceptos refundidos es idéntico que el de los artículos de la citada Ley, quedándose recogido en el Libro I (“Derecho de la Persona”), Título II (“De las relaciones entre ascendientes y descendientes”), Capítulo II (Deber de crianza y autoridad familiar”). Sección 3ª (“Efectos de la ruptura de convivencia de los padres con hijos a cargo”), relativos a los arts. 75 a 84, disposición adicional 1ª a 4ª y Disposición Transitoria 6ª y 7ª.

A través del comentario de la Sentencia en cuestión, se analiza la propuesta de modificación del Pacto de Relaciones Familiares que quiere llevar a cabo la progenitora materna, con el fin de cumplir su deseo de irse a vivir a Portugalete, llevándose consigo a sus hijos menores de edad, destacándose que el domicilio conyugal se encuentra sito en Zaragoza.

Razón de la elección del tema y justificación de su interés

La razón por la cual me interesé en realizar el Trabajo de Fin de Grado sobre el derecho civil, y más concretamente, el derecho foral aragonés, fue por haber tenido una experiencia muy satisfactoria con la asignatura “Derecho Foral Aragón” que se cursa en el curso 3º del grado de Derecho.

Me parecía una asignatura muy interesante, a la vez que entretenida, y con la realización de los casos prácticos que debíamos de realizar, todavía acababa de gustarme un poco más.

Metodología seguida en el desarrollo del trabajo

La metodología que se ha llevado a cabo para el ejercicio del presente comentario ha sido, en primer lugar, una reunión con mi Director.

En dicha reunión acordamos, de mutuo acuerdo, realizar el comentario de una sentencia sobre algo relacionado con los menores en Aragón. A raíz de aquel acuerdo, me propuso una serie de sentencias, que tras la lectura de ellas me decanté por la STSJA 11/2016, de 8 de marzo de 2016.

Esta sentencia la podemos encontrar on-line, a través del sitio web de la Institución Fernando el Católico, y más concretamente, en la Revista de Derecho Civil Aragonés, 21-22 (2015-2016).

Para la búsqueda de información, me he valido sobretodo de los libros que tenemos el privilegio de poder tener en la biblioteca de nuestra Facultad de Derecho. No obstante, a través de la Institución de Fernando el Católico, y la página del grupo de Derecho Civil Aragonés, denominada “Grupo IDDA” también he podido encontrar comentarios, referencias a doctrinas y jurisprudencia aplicable al comentario del caso.

III. HECHOS DEL CASO Y LAS DOS PRIMERAS INSTANCIAS JUDICIALES

1. HECHOS DEL CASO DE LA STSJA 11/2016, 8 DE MARZO, SOBRE EL DERECHO DE VISITAS DE LOS ASCENDIENTES

Para una mejor comprensión y alcance de lo que a continuación vamos a exponer, se procede a un análisis de los hechos más destacadas del caso:

- 1) El 12 de julio de 2008, Don Ignacio y Doña Silvia contraen matrimonio en Gexto (Vizcaya),
- 2) De este matrimonio nacen dos hijos, el primero, Iñigo, el día 9 de noviembre de 2010, y el segundo, Hugo, el día 5 de diciembre de 2012.
- 3) El matrimonio queda disuelto en virtud de la sentencia de 9 de abril de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Zaragoza, que a su vez, aprueba el Pacto de Relaciones Familiares que habían suscrito ambos cónyuges el día 8 de febrero de 2013.
- 4) En este Pacto se regulan una serie de estipulaciones relativas al domicilio, la custodia y el régimen de visitas, que ambos padres se comprometían a llevar a cabo, en interés de sus hijos menores, tras la disolución de su matrimonio.

Estas estipulaciones quedan de la siguiente manera:

- El domicilio conyugal, sito en Zaragoza, pasará a uso y disfrute de la madre e hijos, por un periodo de 4 años a contar desde la fecha de la sentencia. Los gastos correrán a cargo de la madre, excepto los relativos al Impuesto de Bienes Inmuebles, seguro del hogar, derramas extraordinarias y seguro de la caldera, que se abonaran a medias por ambos progenitores.
- La guarda y custodia de los hijos menores de edad quedarán en manos de la madre, siendo, no obstante, la autoridad familiar ejercida de forma compartida por ambos progenitores.
- Respecto al régimen de visitas, éste se divide en función de si Hugo, el hijo menor del matrimonio ha cumplido o no los 18 meses de edad:
 - Hasta que Hugo cumpla los 18 meses de edad:
 - El padre tendrá a Hugo los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio de su hermano Iñigo, hasta las 20 horas y el sábado y domingo desde las 12 de la mañana hasta las 20 horas. Es la madre la encargada de ir a buscarlo al domicilio paterno.
 - El padre tendrá a Iñigo los fines de semana alternos desde el viernes a su salida

del colegio hasta el domingo. Será la madre la encargada de ir a buscarlo al domicilio paterno.

- Entre semana, el padre podrá tener en su compañía a sus hijos la tarde del lunes, si es la semana en la que el padre no ha disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior o, el jueves, si es la que el padre ha disfrutado de sus hijos el fin de semana. El horario en ambos casos será desde la salida del colegio hasta las 20.30 horas, en el que el padre será el encargado de devolverlos al domicilio materno.
- Cuando Hugo haya cumplido los 18 meses de edad, el régimen de visitas queda de la siguiente manera:
 - El padre podrá tener a ambos hijos, tanto Hugo como Iñigo, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes por la mañana que los llevará al colegio o guardería.
 - Entre semana, el padre podrá tenerlos en su compañía la tarde del lunes, si es la semana en la que el padre no ha disfrutado de sus hijos el fin de semana anterior, o, el jueves, si es la semana que el padre ha disfrutado de sus hijos el fin de semana. El horario en ambos casos será desde la salida de colegio o guardería hasta el día siguiente que los devolverá al colegio o guardería, respectivamente.
- En cuanto a los puentes, se añadirán al fin de semana que corresponda a cada progenitor.
- En el cumpleaños de los hijos menores, ambos padres disfrutarán de ellos al 50%, con independencia del régimen de visitas establecido.
- Igualmente, con independencia del régimen de visitas establecido, el día de la madre y padre lo pasarán con el correspondiente respectivamente
- Por último, cualquier cambio que pudiera darse a este régimen de visitas deberá de ser comunicado con un preaviso de al menos 48 horas de antelación.

2. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 16 DE ZARAGOZA, EN FECHA 1 DE OCTUBRE DE 2014

El 18 de diciembre de 2013, Doña Silvia interpone demanda de modificación de medidas de divorcio contra Don Ignacio, fundada en su deseo de irse a vivir a Portugalete (Vizcaya), lugar de origen, donde habría encontrado trabajo, por ello suplica que se lleve a cabo lo siguiente:

- Modificación del régimen de visitas y comunicación del padre con sus hijos, quedándose el mismo de la siguiente manera:
 - El padre tendrá a sus hijos los fines de semana alternos, uno de la semana en el lugar de residencia de los menores y otro en el lugar de residencia del padre, desde el viernes al acabar el colegio o extraescolares hasta el domingo a las 20.00 horas, que los entregará al domicilio de la madre.
 - También, el padre, si puede y quiere, podrá visitarlos dos días a la semana, en el lugar de residencia de los menores, con un previo aviso de una semana de antelación. El horario será desde la terminación de la jornada escolar hasta las 20.00 horas.
- Fijación de una contribución, por parte del padre, a los alimentos de los hijos por valor de 1.200 € mensuales, dentro de los primeros cinco días del mes a la cuenta de la madre, actualizándose dicho valor cada año.
- Extinción del derecho de la madre del uso de la vivienda familiar a partir de que Hugo, hijo menor de los progenitores, cumpla los 18 meses de edad.
- Imposición de costas al demandado en caso de oposición.

De la interposición de la demanda, se le da traslado a la parte contraria, en este caso, a Don Ignacio, el cual solicita que se desestime la misma por obedecer solamente a la voluntad y conveniencia de la actora. Además, solicita la interposición de medidas cautelares, que terminan en auto de 5 de diciembre de 2013, que decreta el sobreseimiento, pues alega la actora que, su voluntad solo se llevará a cabo cuando exista una resolución judicial en primera instancia.

En fecha de 1 de octubre de 2014, se dicta la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza desestimando la demanda, fundándose la misma en varios motivos:

- Que no resulta adecuada la nueva propuesta de régimen de visitas, pues perjudica al padre, sobre todo en su derecho de visitas entre semana, ya que, se le exige el traslado al domicilio materno, donde se encontrarían los menores, y ello comportaría más de 300 km de distancia desde el domicilio paterno.
- Que la modificación de las medidas no tiene que resultar de la propia voluntad de la actora, como es el caso.
- Que resulta acreditado que la actora tenía trabajo en Zaragoza, con una remuneración adecuada.

- Que el Pacto de Relaciones Familiares fue dictado en fecha tan reciente, que no puede considerarse el paso del tiempo como un elemento fundamental para el cambio del mismo.
- Que deben preponderar los arts. 75.2, 76.3 y 76. 2 del Código de Derecho Foral Aragonés (en adelante, CDFFA), relativos a una efectiva relación entre padres e hijos y la toma en consideración en todo momento del interés del menor.

Además, en su fundamento segundo, se expone doctrina sobre cuándo sería posible la modificación de las medidas y se citan dos sentencias similares a la del caso a tratar, pero este tema lo expondremos más adelante.

Contra dicha Sentencia del Tribunal de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza, Doña Silvia interpone recurso de apelación.

3. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ZARAGOZA, SECCIÓN SEGUNDA, DE 30 DE JUNIO DE 2015

En el día de 30 de junio de 2015, se dicta Sentencia por la Audiencia Provincial (en adelante, AP) de Zaragoza, por la que se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Doña Silvia, aceptando fijar el propuesto régimen de visitas por la madre, quedándose de la siguiente manera:

- El padre tendrá a sus hijos los fines de semana alternos, uno de la semana en el lugar de residencia de los menores y otro en el lugar de residencia del padre, desde el viernes al acabar el colegio o extraescolares hasta el domingo a las 20.00 horas, que los entregará al domicilio de la madre.
- También, el padre, si puede y quiere, podrá visitarlos dos días a la semana, en el lugar de residencia de los menores, con un previo aviso de una semana de antelación. El horario será desde la terminación de la jornada escolar hasta las 20.00 horas.

Todo ello se fundamenta en el rechazo por parte de la AP, en considerar de caprichoso el cambio de domicilio de la madre, ya que aquí se considera como razonable y justificado, en virtud del derecho fundamental establecido en el art. 19 CE relativo a la libertad de residencia, considerando que no se ha hecho un uso fraudulento del mismo y que el cambio de residencia obedece a unas circunstancias razonables como es una ruptura matrimonial y el deseo de la mujer en volver a su lugar de origen.

Además, dicha Sentencia, acuerda la extinción del uso de la vivienda familiar por parte de la madre, pero, por el contrario, rechaza el aumento de las pensiones, pues no se ha producido ningún cambio relevante económicamente hablando.

4. AUTOS ACLARATORIOS DE 15 Y 22 DE JULIO DE 2015

Ante esta Resolución, Don Ignacio insta aclaración, por considerar que se había producido un error al entender que, los menores habían sido trasladados ya a Portugalete junto con la madre, y no ser esto cierto.

Así las cosas, se dicta Auto Aclaratorio en fecha de 15 de julio de 2015 sobre los siguientes términos:

- Es cierto que, los menores no se han desplazado con la madre a Portugalete, sino que siguen viviendo, de forma ininterrumpida en Zaragoza, pero este hecho no determina el fallo de la sentencia.
- El desplazamiento, la escolarización de los menores a Portugalete y la extinción del uso de la vivienda familiar a la madre, será resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (en adelante, TSJA).

Del mismo modo, Doña Silvia también insta a una aclaración, puesto que los menores sí que habían estado residiendo con la madre en Portugalete. Además, pide que se aclare qué se entiende por escolarización y en qué puede afectar a los menores dicha escolarización.

Mediante Auto Aclaratorio de 22 de julio de 2015, se estable únicamente que:

- Los menores han residido en Portugalete con la madre, excepto en los momentos en que el padre tenía derecho al régimen de visitas, pues éstos eran desplazados a Zaragoza.

Contra dicha Sentencia, Don Ignacio interpone ante la AP de Zaragoza, Sección Segunda, un recurso de casación e infracción procesal.

IV. COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN 11/2016, DE 8 DE MARZO DE 2016. PONENTE: ILMO. SR. IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

FUNDAMENTO TERCERO Y CUARTO

Contra la anterior Sentencia, dictada por la AP, Don Ignacio interpone por un lado, recurso extraordinario por infracción procesal y de otro lado, recurso de casación.

En cuanto al recurso por infracción procesal alega, por un lado, el incumplimiento del deber que tienen las sentencias de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y sus pretensiones en virtud del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) y, por otro lado, la falta de motivación de la sentencia en virtud del apartado 2º del mismo artículo. Todo ello amparado en el art. 469.1.2º LEC, por motivarse la imposición este recurso en la “infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia”.

Y, en cuanto al recurso de casación foral, se alegan 3 motivos:

- a) Infracción de los arts. 76.3. a en relación con el 80.2 CDFA, relativo al derecho que tienen sus hijos, menores de edad, a poder tener un contacto directo y regular con sus progenitores, en este caso, con su padre, tras la ruptura de la convivencia y que además, también hace referencia al derecho que tienen ambos progenitores a poder participar en todas aquellas decisiones que tengan que ver con el interés de los hijos menores.
- b) Infracción del art. 76.5 CDFA por vulnerar el principio de lealtad en beneficio de sus hijos menores de edad.
- c) Infracción del art. 76.3.b en relación con el 75.2 CDFA, relativo a la igualdad entre progenitores que debe regir en las relaciones con sus hijos menores tras la ruptura de la convivencia.

A este recurso de casación foral se oponen tanto Doña Silvia como el Ministerio Fiscal (en adelante, MF), la primera funda su oposición en el art. 2.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa (en adelante, Ley 4/2005) en la cual se determina que, podrán recurrirse las sentencias dictadas

en segunda instancia cuando o bien, la cuantía del asunto no exceda de 3.000 €, o bien, cuando sea imposible calcular dicha cuantía ni siquiera de forma relativa.

La oponente afirma que el procedimiento de modificación de medidas no se determina por razón de la cuantía, tal y como invoca la parte apelada, sino por razón de materia.

No obstante, se rechaza su planteamiento, diciéndose que, el motivo por el cual se admite dicho recurso de casación foral es por la existencia de interés casacional definido en el art. 3.3 de la Ley 4/2005, ya que se están aplicando normas civiles aragonesas que no tienen más 5 años de vigencia ¹ y que, además, no existe doctrina jurisprudencial de igual o similar contenido.

Cabe hablar aquí de la casación foral, y son 3 las normas que encontramos regulando este asunto, la primera de ellas es la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), que en su art. 73.1.a establece que, la Sala de lo civil del TSJ tendrá competencia para conocer del “recurso de casación que establezca la ley contra las resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la comunidad autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución ²”, la segunda es el Estatuto de Autonomía de Aragón (en adelante, EAA), que en su art. 63.2 vuelve a poner en manifiesto la competencia del TSJA para conocer de los recursos de casación foral, y por último, la Ley 4/2005, mencionada anteriormente, en la que se regula la casación foral aragonesa.

Como notas características podemos señalar que, el recurso de casación del TSJA crea jurisprudencia para completar así el ordenamiento civil aragonés. No obstante, sólo son un escaso número de asuntos lo que pueden acceder a esta casación foral.

Es en el art. 2 de la Ley donde se nos menciona qué resoluciones de las AP pueden entrar a la casación foral, permitiéndose así aquellos asuntos que no excedan de 3.000 € o sea imposible calcular la cuantía incluso de forma relativa y, aquellos que presenten un interés casacional.

¹ Debemos aclarar que la norma aragonesa de aplicación es la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, ahora refundida en el CDFA, y que la misma no llevaba más de 5 años de vigencia en el momento de iniciarse el pleito, es decir, a finales del año 2013, puesto que si el cómputo de tiempo que tenemos en cuenta es el de fecha de finalización del pleito, es decir, año 2016, entonces sí que llevaría más de 5 años de vigencia, pero el momento relevante es el de la fecha de presentación de la demanda.

² Vid. SERRANO GARCÍA J.A., BAYOD LÓPEZ M^a C., *Cincuenta años del Derecho Civil Aragonés*, ed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2018, p. 118.

Como hemos dicho anteriormente, también se opone el MF alegando que el recurrente no ha manifestado la norma sustantiva infringida, que en este caso, sería el art. 80.1.3º CDFA, relativo al régimen de comunicación, estancias o visitas que tendría el padre, al estar ante una custodia individual a favor de la madre.

No obstante, se establece que, dicho precepto no ha sido invocado ni en la Sentencia de Primera Instancia ni tampoco en la Sentencia de la AP, ni en ningún escrito tanto de demanda como de oposición.

Continúa diciéndose que, los motivos que se alegan para fundar el recurso de casación son las normas citadas por la Sentencia de Primera Instancia y que, el recurrente lo que hace es impugnar lo dictado por la AP sobre el régimen de visitas y también sobre el régimen de comunicaciones de los padres con los hijos.

Finalmente, se acuerda que será en el fallo del TSJA cuando se compruebe si los preceptos señalados permiten su estimación, pero que, en el trámite de resolver su admisibilidad tienen que ser aceptados.

Por Auto de 3 de diciembre de 2015, se inadmite el recurso extraordinario por infracción procesal por carecer éste de fundamento, ya que, se entiende que no fundamenta el recurrente dónde está la falta de exhaustividad, congruencia y motivación.

A pesar de ello, se aclara que, el hecho de haber habido un error relativo a, si los niños menores vivían o no de forma ininterrumpida en Portugalete, y su posible determinación en la resolución del fallo, no equivale a una falta de motivación.

Por todo ello, se dota de firmeza a la resolución del Auto, por lo que no podrá ser recurrido.

El mismo Auto de 3 de diciembre de 2015, admite a trámite el recurso de casación foral, en cuanto a sus fundamentos de derecho, los pasamos a exponer a continuación.

FUNDAMENTO QUINTO Y SEXTO

El primer motivo en el que funda el recurrente su recurso es por la vulneración del artículo 76.3.a en relación con el art. 80.2 CDFA.

En primer lugar, y antes de empezar a analizar el presente motivo de recurso, debemos hablar del objeto cuestión del litigio, que es una posible modificación en el Pacto de Relaciones Familiares suscrito³ por

³ En relación con la aprobación del pacto de relaciones familiares, destaca SERRANO GARCÍA, J.A, (Coordinador),

ambos progenitores el día 8 de febrero de 2013, motivado por la disolución del matrimonio⁴.

Este Pacto se suscribe cuando existe una ruptura en la convivencia⁵ entre los progenitores y, además, existen hijos menores a cargo.⁶

El contenido mínimo⁷ que debe de recoger este pacto lo encontramos regulado en el art. 77 CDFR, entre esos contenidos destacan el régimen de guarda y custodia⁸, el régimen de visitas, el destino de la vivienda

DELGADO ECHEVERRÍA, J (director)., “*Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*”, ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 188, que el mismo no exige de documento público, pero para producir efectos frente a terceros requiere de aprobación por parte del juez, oído el Ministerio Fiscal, en garantía de los derechos y principios que rigen las relaciones entre padres e hijos. Destaca que, faltando aprobación judicial, el pacto alcanzado no perderá su eficacia como negocio jurídico, pero no puede ser incorporado al proceso de familia, ni producir eficacia procesal y servir de cauce a la ejecución del título extrajudicial (SAPZ, Secc.2ª, 228/2012, de 25 de abril).

⁴ Define GAVILÁN LÓPEZ J., *Memento Práctico, Familia y Sucesiones, 2013, 2014*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p. 477, Madrid, 2013-2014, al matrimonio como una institución, negocio jurídico o contrato, por el que se crea un vínculo del que se derivan un conjunto de relaciones personales y patrimoniales, de carácter estable y continuado, que trasciende de la relación interconyugal y se proyecta frente a terceros, los hijos, y la sociedad, en su conjunto.

En esta misma línea, encontramos a BUSTOS MORENO, Y., “*El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial*”, ed. Dykinson, Madrid, 2002, p.21, dicha autora destaca que la familia generada a partir del matrimonio se estructura sobre un conjunto de relaciones horizontales (conyugales) y verticales (paterno-filiales). Destaca que, mientras las primeras son disolubles mediante el divorcio, las segundas son permanentes, pues derivan de la filiación, y en virtud de la misma, los padres están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos.

⁵ Así, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en *Actas de los Vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. el Justicia de Aragón, 2011, p. 136, destaca como primer presupuesto para aplicar la Ley de Igualdad en las Relaciones Familiares, la ruptura de una situación previa de convivencia, destacándose 3 grados de institucionalización de la relación: i) el matrimonio; ii) las parejas estables no casadas; iii) parejas de mero hecho.

A sensu contrario, destaca la STSJA 18/2013, de 25 de marzo, en la que se indica que la previa convivencia entre los padres no es presupuesto necesario para la aplicación de las medidas que atienden al derecho de los hijos a relacionarse con los padres y al de éstos a la igualdad en las relaciones con sus hijos. Lo será para otras medidas, en particular, para la asignación compensatoria.

Vid. SERRANO GARCÍA, J.A, BAYOD LÓPEZ, C., “*Lecciones de Derecho Civil: Familia*”, ed. Kronos, Zaragoza, 2016, p.129.

⁶ En esta misma línea, destaca MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en *Actas de los Vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. el Justicia de Aragón, 2011, p. 138, que los hijos deben de ser comunes a los convivientes y que, además, deben de tratarse de hijos “a cargo”, incluyéndose en este término a los hijos menores de edad, a los hijos mayores de edad carentes de recursos económicos propios e hijos mayores de edad afectados por alguna discapacidad.

Véase también DELGADO ECHEVERRÍA J, PARRA LUCÁN, M.ª.A., *Manual de Derecho civil aragonés*, 4ª Edición, ed. el Justicia de Aragón, 2012, p. 179-180.

⁷ Argumenta MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en *Actas de los Vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, ed. el Justicia de Aragón, 2011, p. 145, que no parece que haya problemas en que los exconvivientes pacten únicamente lo relativo, por ejemplo, a la guarda y custodia, o a guarda y custodia, vivienda y pensión: podrá discutirse si tal acuerdo merece o no la denominación de pacto de relaciones familiares, pero entiende que será válido y eficaz en los mismos términos que éste.

⁸ En relación con la guarda y custodia, destaca SANZ-DIEZ DE ULZURRUN J., *Memento Práctico Familia y Sucesiones, 2013-2014*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p. 532, que tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, se introduce por primera vez, y de forma expresa y sustantiva, la posibilidad de que los hijos permanezcan bajo la custodia compartida de ambos progenitores.

y ajuar familiar etc.

Destaca Martínez de Aguirre Aldaz, C, que la lectura de éstos contenidos mínimos demuestra que la Ley regula algo más que las relaciones entre padres e hijos, puesto que el pacto se extiende también a otros extremos, como una posible asignación compensatoria, que nada tiene que ver con las relaciones familiares.

Así, la STSJ de Aragón 13 julio 2011⁹ da gran importancia al pacto diciendo que: “el legislador aragonés... pretende, en primer lugar, propiciar un acuerdo entre los progenitores, mediante una regulación que fomenta el pacto de relaciones familiares, inspirado en el respeto a la libertad de pacto del Derecho foral aragonés, de modo que se atribuye prioridad en la regulación de las relaciones familiares a lo acordado por los padres”.

Tiene gran importancia la mención del art. 77.3 CDFa relativo a la modificación del Pacto de Relaciones Familiares, que en el caso que nos ocupa, quiere llevar a cabo la madre. Este Pacto puede modificarse por varios motivos, pero en el caso que nos ocupa, nos interesa destacar el relativo a la solicitud de uno de los padres por alteración sobrevenida y relevante de las circunstancias¹⁰.

Concluimos diciendo que, para poder llevar a cabo la modificación del pacto es necesario que medie aprobación judicial en virtud del art. 77.4 CDFa, que como veremos más adelante, no concurre.

Una vez visto en qué consiste el Pacto de Relaciones Familiares, continuamos con el primer motivo del recurso.

En primer lugar, debemos decir en qué consisten ambos artículos, qué establecen. El primero de ellos, el

Continúa señalando que, ello no significaba que antes de la entrada en vigor de dicha ley no se acordara por los tribunales la custodia compartida, pero ese hecho era fruto de una medida absolutamente excepcional, siempre motivada por el interés del menor.

⁹ Vid. LÓPEZ AZCONA, A., “*Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa*” en Revista de Derecho Aragonés, ed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, p. 132.

¹⁰ Para poder modificar las medidas acordadas sobre el régimen de visitas y relaciones personales, destaca RIVERO HERNÁNDEZ, F., “*El derecho de visita*”, ed. J.M.Bosch, Barcelona, 1997, p. 328, que es preciso que haya habido una alteración sustancial de los hechos o circunstancias. Continúa diciendo que, no se trata de un mero cambio de circunstancias (las que había al tiempo de la decisión judicial, y las posteriores), sino entre las circunstancias que el juez tomó en consideración para aprobar el convenio regulador o acuerdo de los cónyuges y las nuevas circunstancias sobrevenidas.

art. 76.3.a del CDFA, engloba los derechos y principios ¹¹que deben de regirse tras una ruptura de la convivencia de los padres que tengan hijos a su cargo, en especial, se hace referencia al derecho que tiene Don Ignacio, como padre de Iñigo y Hugo, ambos menores de edad, a poder tener un contacto ¹²directo y regular con ellos y a poder participar en todas aquellas decisiones que puedan afectar o que afecten a sus intereses como padre y como titular del ejercicio de la autoridad familiar.

El segundo artículo que se menciona es el 80.2 del CDFA, está englobado dentro de la subsección de “medidas de aplicación en defecto del pacto de relaciones familiares” y hace referencia a la guarda y custodia de los hijos, en especial, se hace hincapié a su apartado 2, relativo a la decisión del Juez de adoptar como forma principal la custodia compartida¹³, salvo que sea más beneficiosa la individual, todo ello siempre en beneficio de los hijos menores y atendiendo a una serie de criterios como son, la edad de los hijos, el arraigo social y familiar de los mismos, las posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres, entre otras.

Creo que es necesario hacer un breve inciso para explicar en qué se diferencia la autoridad familiar de la guarda y custodia.

¹¹ En relación a los derechos y principios, destaca MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en Actas de los Vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, ed. el Justicia de Aragón, 2011, p. 141- 142, la importancia de dos derechos sobre los que se fundamenta la igualdad que debe primar en las relaciones familiares ante una ruptura de los padres, el primero es el derecho de los hijos a un contacto directo y regular con ambos padres, y el segundo, el derecho de los padres respecto de sus hijos menores de edad, a la igualdad en sus relaciones familiares. A estos dos derechos, hay que añadir el principio básico del interés superior del menor y la forma en la que se interactúan, en la medida en que, es bueno para los hijos mantener una relación regular con sus padres, incluso después de la separación, pero, si esa relación resultase contraria al interés específico del menor, el derecho a relacionarse debe ceder frente al interés del menor.

En esta misma línea, LATHROP GÓMEZ, F., “*Custodia compartida de los hijos*”, Madrid, La Ley, 2008, p. 347 apunta como principios inspiradores de la custodia compartida la corresponsabilidad parental, la igualdad de los progenitores, y el derecho del hijo a seguir manteniendo un contacto directo y regular con ambos padres.

¹² En cuanto a la posición jurídica que tiene el menor respecto al derecho de visita, afirma RIVERO HERNÁNDEZ, F., “*El derecho de visita*”, ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, p. 150, que la posición jurídica nunca es la de sujeto pasivo, porque no puede serle exigido algo, ni en el sentido de que puedan adoptarse decisiones que le afecten al margen de su persona y su interés. Por ello, afirma que el protagonismo del menor en la relación de visita es siempre la de un sujeto activo.

¹³ Mediante la Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código de Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia, se modifica el art. 80.2 CDFA, relativo a la adopción preferente de la custodia compartida, quitándose el adjetivo “preferente” y quedándose el artículo como sigue: “El Juez adoptará la custodia compartida o individual de los hijos e hijas menores atendiendo a su interés...”.

En este contexto, es importante destacar la irretroactividad de las leyes consagrada en el art. 2.3 CC, en este sentido, como la sentencia comentada se refiere a unos hechos anteriores a la entrada en vigor de la mencionada ley, su reforma no se tiene en cuenta en nuestro comentario de sentencia.

En el primer caso, la autoridad familiar – que no es equivalente a la institución de patria potestad ¹⁴- es una función atribuida a los padres como instrumento necesario para cumplir de forma adecuada su deber de crianza y educación.¹⁵

La autoridad familiar corresponde, por regla general, a ambos progenitores como una función inexcusable que se ejerce de una manera personal, sin excluir la colaboración de otras personas, y siempre en virtud del interés del hijo menor.

Esta autoridad familiar viene determinada por la filiación¹⁶ de los hijos menores y podrá excluirse de la misma al progenitor por las causas legalmente previstas en el art. 61.1 CDFA o cuando haya sido privado de la misma por incumplimiento grave y reiterado de los deberes sujetos a la autoridad familiar (Art. 90 y ss. CDFA).

Como contenido de la autoridad familiar destaca el poder de dirigir la vida del menor para cumplir el deber de criarlo y educarlo.¹⁷

Podríamos acabar diciendo que, la autoridad familiar tiene un alcance personal, el necesario para la crianza y educación de los hijos, es el poder de dirigir la vida del menor, es una potestad, una función ejercida en beneficio del hijo.¹⁸

¹⁴ Como destaca LACRUZ MANTECÓN, M, *Síntesis del Derecho Civil – III, Familia y sucesiones*, ed. kronos, Zaragoza, 2016, p.157, la patria potestad es la institución que englobaba las relaciones paterno filiales, tiene su origen en el derecho romano, y se concebía como un poder del padre para organizar la familia jerárquicamente bajo la dirección del *paterfamilias*. La regulación actual del CC proviene de la reforma que cambió el contenido del Título VII del Libro I del Código y lo sustituyó por otro nuevo. Ya no es *De la patria potestad*, sino, *De las relaciones paterno-filiales*. Dice LACRUZ MANTECÓN que se propuso tres objetivos: estructurar la patria potestad como función dual del padre y de la madre; erigir en principio básico el respeto a la personalidad del hijo, regla y medida de la educación y trato que haya de recibir; y acentuar en el ejercicio de la patria potestad la intervención y vigilancia del juez, en consideración del interés del hijo.

En la misma línea, SERRANO GARCÍA, J.A (Coordinador), DELGADO ECHEVERRÍA, J (director)., “*Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*”, ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 167, advierte que la autoridad familiar en el Derecho aragonés es conceptualmente diferente de la “patria potestad” romana y de la del Código Civil en ella inspirada. Destaca que la regulación aragonesa es completa, de manera que no resulta necesario acudir a normas supletorias.

¹⁵ Como recuerda SERRANO GARCÍA, J.A (Coordinador), DELGADO ECHEVERRÍA, J (director)., “*Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*”, ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 167, que la autoridad sea “familiar” sirve para indicar que corresponde a ambos padres.

Véase también DELGADO ECHEVERRÍA, J, PARRA LUCÁN, M.A., *Manual de derecho civil aragonés*, 4º edición, ed. el Justicia de Aragón, 2012, p.165.

¹⁶ Nos habla GARCÍA LLORENTE, Mª.A., *Memento Práctico, Familia y Sucesiones, 2013-2014*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p. 281, acerca de la filiación, entendiéndose aquella como el estado civil en virtud del cual se considera a una persona hijo de otra. Continúa diciendo que, la filiación hace referencia a la procedencia de los hijos respecto de sus padres y a la relación que existe entre ellos, caracterizada por una serie de derechos y deberes recíprocos e interrelacionados entre sí, como por ejemplo, el derecho a los apellidos. Finalmente, destacar que, la filiación puede considerarse como una relación jurídica, cuyos partes son, los progenitores legalmente reconocidos y los hijos.

¹⁷ Vid. SERRANO GARCÍA, J.A “*Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*”, ed. Dykinson, Madrid, p. 167.

¹⁸ Vid. SERRANO GARCÍA, J.A, BAYOD LÓPEZ, Mª. C., *Guiones para el estudio del Derecho Civil Aragonés*, ed.

En el segundo caso, la guarda y custodia de los hijos, la encontramos regulada en el art. 80 CDFA, pudiendo ser o bien compartida o bien individual.

La guarda y custodia ¹⁹ tiene que ver con los hijos menores de edad o incapacitados (no es el caso) a los que se tiene el deber de criar y educar y sobre los que se ostenta la adecuada autoridad familiar. Si los padres conviven entre sí y con sus hijos, la guarda y custodia no es cuestión distinta a la autoridad familiar. Por ello, el término guarda y custodia cobra verdadero interés en los casos en los que uno de los progenitores no conviva con los hijos, como es el caso de exposición. En este caso, dependerá del sistema de guarda y custodia que se establezca.

Como ha destacado Tena Pizulo, la expresión guarda y custodia hace referencia básicamente, en nuestro derecho (tanto el aragonés, como el común), al cuidado personal del menor, ligado a la convivencia inmediata y directa con él.²⁰

En nuestro caso, vemos como en el Pacto de Relaciones Familiares han establecido que la guarda y la custodia la tenga la madre hasta el 9 de abril de 2017, donde ésta pasará a ejercerse de forma compartida.

Puede suceder, como es el caso, que a pesar de ostentar ambos progenitores la titularidad familiar, tengamos un régimen de custodia individual, en este caso, a favor de la madre, por primar el interés del menor.

El punto de partida de esta Sentencia recae sobre el error que se produjo en la Sentencia de la AP, en la que se afirma que los niños llevaban casi 2 años viviendo en Portugalete y que su estancia allí no les había influido negativamente. Como decimos, estamos ante un error, puesto que los niños seguían viviendo en Zaragoza, y no en Portugalete.

La consecuencia del mencionado error justificaba la decisión de la AP al dictaminar que del hecho de que los niños llevaran viviendo dos años en Portugalete sin haber supuesto riesgo alguno su adaptación, supusiera presupuesto suficiente para una nueva ordenación del régimen de visitas.

Kronos, Zaragoza, 2013, p.47.

¹⁹ En este sentido, destaca SERRANO GARCÍA, J.A, BAYOD LÓPEZ, M^a.C., *Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*, ed. Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, p. 22.

²⁰ Vid. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en Actas de los Vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, ed. el Justicia de Aragón, 2011, p. 144.

Para el Tribunal que resuelve, y tras el auto aclaratorio mencionado anteriormente, estamos ante un “patente incoherencia”, pues no se puede justificar la nueva ordenación del régimen de visitas en virtud de la buena adaptación de los niños en Portugalete, ya que, se carece del presupuesto legal del art. 79.5 CDFa, relativo a la modificación de medidas aprobadas judicialmente por causas o circunstancias relevantes.

El término causas o circunstancias relevantes adquiere importancia para la doctrina, que establece que: “la repetida alteración sea imprevista, o imprevisible y, por ende, ajena a la voluntad de quien entabla la acción de modificación, por lo que no puede ser buscado de propósito, por quien interesa la modificación para obtener unas medidas que le resulten más beneficiosas”.²¹

Por las anteriores consideraciones, el TSJA admite la relevancia que adquiere la infracción del art. 76.3.a en relación con el 80.2 CDFa, alegadas por el padre, ya que se basa, como hemos dicho en numerosas ocasiones, en el derecho que tienen los hijos menores de edad en tener un contacto directo y regular, en este caso, con su padre, y que el mismo pueda tener voz en todas aquellas decisiones que afecten a sus hijos.

Es decir, en este caso, el Tribunal establece una clara prioridad al interés del menor²² de poder relacionarse de forma directa y regular con su padre.

En cuanto al tema del interés del menor²³, diremos en primer lugar que, a pesar de ser un concepto indeterminado²⁴, es fundamental para todo tipo de temas que tengan que ver con él, como pueden ser

²¹ Este fragmento se encuentra citado en STSJA 18/2014, de 23 de mayo, de relaciones entre ascendientes y descendientes, “*Revista de Derecho Civil Aragonés*, 20”, 2014, p. 465.

²² La abogada GARCÍA LLORENTE, M^a.A., *Memento Práctico, Familia y Sucesiones, 2013-2014*, ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, p. 532, hace referencia al interés del menor, argumentando que todo el sistema de protección de menores se basa en el principio del interés superior del menor, que obliga tanto a las instituciones públicas como a las instituciones privadas, a los tribunales y a las autoridades administrativas a considerar dicho interés con preferencia y por encima de cualquier otro, incluso del de sus propios padres y familiares.

En relación a la protección de los menores de edad por parte de los poderes públicos, destaca RIVERO HERNÁNDEZ, F., “*El derecho de visita*”, ed. J.M.Bosch, Barcelona, 1997, p. 159, la Sentencia de la AP de Tarragona de 13 de diciembre de 1993, en la que se dice que “el interés preponderante, que debe prevalecer sobre cualquier otro, es el interés del menor de edad y ello porque sus derechos de cara a su protección y tutela exceden del ámbito estrictamente privado y pasan a gozar de la consideración de derechos públicos, para los que la Constitución sanciona su protección integral por parte de los poderes públicos”.

²³ Destaca el trabajo llevado a cabo por CASAJUS SANCHO, C., “Los Derechos de la personalidad de los menores en Aragón” en *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2008, p. 76.

²⁴ En relación a las ventajas o desventajas del concepto indeterminado de “interés del menor”, destaca MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la

administrativos, familiares, sociales...

Esta referencia al interés del menor lo encontramos²⁵ en preceptos del CDFA, como es en el art. 59 en el que se establece que, y conforme al caso que nos ocupa, el padre, en este caso, Don Ignacio, aunque no viva con sus hijos menores tiene el derecho y la obligación de visitarlos y relacionarse con ellos.

Lo mismo ocurre en el art. 60.1 CDFA, al establecerse que los hijos menores del matrimonio tiene derecho a relacionarse con sus padres, aunque éstos vivan de forma separada, así como con otros allegados. En apartado 2º establece que los padres no pueden poner ningún impedimento para que sus hijos menores se relacionen con los demás parientes. Y finalmente, en el apartado 3º se nos dice que, será el Juez el encargado de establecer las medidas oportunas para poder hacer eficaz la relación de los menores con sus padres, especialmente cuando éstos vivan de forma separada.²⁶

Asimismo, la modificación del régimen de visitas²⁷, suponía la imposibilidad del padre del ejercicio de las mismas por tres cuestiones, la primera, tener que pasar uno de los fines de semana alternos en la residencia de la madre, el segundo, poder tener a los menores en su residencia, el otro fin de semana alterno pero, teniendo que ir a buscarlos y entregarlos en el domicilio materno y el tercero, el traslado entre semana al domicilio materno, a más de 300 km de su domicilio en Zaragoza, para poder ver a sus hijos menores. A todo esto, habría que sumarle el hecho de comprometer seriamente el pacto sobre la

ruptura de la convivencia de los padres» en Actas de los Vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, *ed.* el Justicia de Aragón, 2011, p. 152, que una de sus ventajas es que permite la adaptación de la solución a las peculiaridades del caso concreto; pero es también un inconveniente importante en la medida en que hace más impredecible la decisión del Juez.

²⁵ La relevancia que tiene el concepto de interés del menor la encontramos en distintos ámbitos, como en el internacional, haciéndose referencia en el Convenio Internacional de Derechos del niño, en su art. 3.1; En el ámbito nacional a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, art. 2; en la Ley de Derecho de la Persona (Ley 13/2006, de 27 de diciembre), en su art. 2.4, y también en el ámbito autonómico a través de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, modificada por Ley 5/2016, de 2 de junio, en su art. 4.

²⁶ Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J, PARRA LUCÁN, M^a.A., *Manual de Derecho civil aragonés*, 4º edición, *ed.* El Justicia de Aragón, 2012, p.169.

En este mismo sentido, afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en Actas de los Vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, *ed.* el Justicia de Aragón, 2011, p. 143, que es más adecuado entender que la regla de igualdad se aplica salvo que otra cosa sea más conveniente para el menor, que entender que la regla de igualdad se aplica salvo que sea contraria al interés del menor: la diferencia entre una y otra forma de decir las cosas es que e el primer caso bastaría con probar que es más conveniente para el menor una organización no igualitaria, mientras que en el segundo habría que probar que el tratamiento igualitario es perjudicial para el menor, y por tanto contrario a su interés.

²⁷ Sobre los periodos de convivencia, afirma MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en Actas de los Vigésimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, *ed.* el Justicia de Aragón, 2011, p. 141- 142, habla de una “suerte de principio de igualdad atemperada”. En este sentido, afirma que cabe la fijación de periodos desiguales motivados por el interés del menor o por circunstancias personales o profesionales de los progenitores. Finaliza entendiendo que, a medida que el reparto del tiempo se vaya alejando de una distribución igualitaria, más sólida habrá de ser la fundamentación que la sustente.

custodia compartida, que entraría en vigor a partir del 9 de abril de 2017.

Además, este Tribunal señala que, el hecho del traslado del domicilio de la madre, amparado en su libertad de elección del mismo (art. 19 CE), implica una modificación de las comunicaciones del padre con sus hijos, y esto podría vulnerar el art. 76.3.a CDFA por no haberse tenido en cuenta la opinión del padre a la hora de tomar una decisión tan importante, como es la de un cambio de domicilio, que afectaría a su régimen de comunicación y visitas con sus hijos menores.

El TC, en su STC 176/2008, de 22/12 ²⁸ ha señalado que “cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecte al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y pueda repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores no resulta nunca prevalente”.

En la Sentencia objeto de comentario, podemos observar la citación de jurisprudencia ²⁹ del Tribunal Supremo (en adelante, TS), en ella se establece que el hecho de ostentar la patria potestad, con independencia de tener o no la guarda, otorga a los titulares de la misma el derecho a tener voz en la toma de importantes decisiones que afecten o puedan afectar al interés del menor, y no solo su mera colaboración.

Como decisión importante destacada por la jurisprudencia, se encuentra el hecho de trasladar o desplazar al menor de edad y apartarle de su entorno habitual e incumplir el derecho de poder relacionarse ya sea o bien con su madre o bien con su padre

Continúa la jurisprudencia del TS señalando que, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad, que, a su vez, deriva de la misma la fijación del domicilio familiar.

²⁸ Vid. SERRANO GARCÍA, J.A, LÓPEZ BAYOD, M^a. C., “*Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?*”, ed. Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, p. 28.

²⁹ En relación con el caso, se destaca la jurisprudencia recogida en la STS de 26 de octubre de 2012, sobre fijación del domicilio de la menor para el caso de que la madre resida en el extranjero. Roj: STS 6811/2012. A modo resumen, esta sentencia se ocupa del traslado de domicilio de la hija menor junto a su madre a Nueva York, por motivos laborales, que durante un tiempo fue aceptado por el padre, hasta que éste determinó que la inestabilidad del trabajo de la madre podría afectar de forma negativa hacia la hija de ambos. Por ello, el padre solicita la guarda y custodia de la hija menor mientras la madre tenga que estar fuera de Valladolid, y cuando ésta resida en Valladolid, ejercer esa guarda y custodia de forma compartida. En primera instancia, se adoptan las medidas propuestas por el padre, mientras que en apelación se determina que la guarda y custodia de la menor se atribuye a la madre, siendo ésta la que estará facultada para decidir el lugar de residencia de la hija. Finalmente, y al hilo de la jurisprudencia citada en el comentario, se reponen las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la AP dicte nueva sentencia siguiendo la doctrina sentada.

Al existir una ruptura matrimonial, se deja sin efecto la convivencia y se obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de ciertas facultades, como es el caso de la fijación del nuevo domicilio.

La fijación del nuevo domicilio familiar es una decisión de gran calibre³⁰ que deberá derivar de un acuerdo entre los progenitores, o, en defecto de acuerdo, sería el Juez el encargado de resolver lo que procedería.

Acaba la citación de la Jurisprudencia diciendo literalmente: “Es cierto que la CE, en su art.19, determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia. 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 ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia”.

En virtud de los intereses de los hijos menores, que deben de priorizarse siempre, destacamos la STJA 46/2013, de 30 de octubre de 2013, donde se dice que: “La prevalencia del interés del menor o favor filii opera en nuestro ordenamiento jurídico como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Esta prevalencia, a la que se hace referencia en el preámbulo del Código aragonés, es consecuencia de la adhesión de España a la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, por venir recogida en su art. 3.1, así como de lo dispuesto en el art. 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor”.

Lo que el recurrente y padre de los hijos menores de edad, Don Ignacio, invoca, es la vulneración del derecho que tienen sus hijos a poder tener una relación directa y regular con él y su vulneración al derecho que tiene como titular de la autoridad familiar a poder tomar decisiones que afecten a sus intereses.

³⁰ En opinión de FORCADA MIRANDA, J., «La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores» en Actas del Foro de Derecho aragonés, vigésimos encuentros, ed. El justicia de Aragón, 2011, p. 185, señala que, el progenitor que ostenta la guarda y custodia no puede trasladarse con su hijo menor a otro domicilio sin autorización del otro progenitor, que, seguramente, solo ostenta derecho de visitas, pero durante las cuales también ejerce la custodia. En su opinión, el cambio de residencia del menor, por sus implicaciones graves y trascendentes, es materia propia de la patria potestad, autoridad familiar en Aragón, y no de la simple custodia.

Además, se resalta el hecho de que a partir del día 9 de abril de 2017, la custodia pasa a ser compartida, y el hecho de que los menores estén residiendo a más de 300 km de distancia haría imposible el ejercicio de la misma y ello conllevaría a una vulneración del interés de ambos menores.

Por último, se cita la sentencia nº 37/2014, de 19 de noviembre, recurso 14/2014, al hilo del respeto que se tiene que observar en lo pactado por los padres tras su ruptura y su posible modificación, diciéndose que: “solo procederá la revisión cuando de los nuevos hechos acreditados resulte un cambio cualitativo de las circunstancias concurrentes que determine la modificación del sistema de guarda y custodia, en interés del menor, y la sentencia de instancia no haya dado cumplimiento a lo dispuesto en la norma cuya infracción se denuncie”.

Por todo lo anterior se estima el motivo del recurso relativo a la infracción del art. 76.3.a en relación con el 80.2 CDFA, fundamentándose en definitiva que, el traslado de los hijos menores a Portugalete sí que supondría un cambio sustancial en su entorno, que el mismo afectaría a la relación de los menores con su progenitor paterno, con la única justificación del traslado voluntario por parte de la madre sin haber tenido en consideración el interés de sus hijos menores y comprometiendo lo pactado en relación a la custodia compartida.³¹

Así las cosas, se procede a la casación de la sentencia recurrida y su posterior anulación, estimándose íntegramente la sentencia de primera instancia.

FUNDAMENTO SÉPTIMO

El segundo y tercer motivo que alega el recurrente son la infracción del art. 76.5 y 76.3.b del CDFA. Dentro de la sección de “*Efectos de la ruptura de la convivencia de los padres con hijos a cargo*”, encontramos regulados los arts. 75 y 76, que delimitan el objeto, la finalidad, los derechos y principios que deben de regirse tras un cese de convivencia como en el del caso a tratar.

³¹ Merece especial referencia la opinión FORCADA MIRANDA, J., «La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores» en Actas del Foro de Derecho aragonés, vigésimos encuentros, ed. El Justicia de Aragón, 2011, p. 200, pues se plantea que, con la imposición de un contacto continuado e igualitario del menor con ambos progenitores, ¿se podría autorizar algún traslado de menores en Aragón?, y más aún, qué sucedería cuando el menor tiene muy buena relación con sus padres, y el progenitor que se quiere trasladar tiene muy buena razón para hacerlo, y una desestimación de la misma le afectará de forma negativa. Para el ponente, en un entorno de custodia compartida, va a ser muy difícil tomar una decisión.

Son, como dice López Azcona, Aurora, principios inspiradores de esta materia la libertad de pacto, el de información recíproca y el de lealtad en beneficio del menor (art. 76.5 CDFa).³²

El principio básico inspirador es el interés superior de los menores, de forma que, en virtud del art. 76.2 CDFa, toda decisión que afecte a los hijos menores de edad, como es el traslado de su domicilio de Zaragoza a Portugalete, tiene que adoptarse en su beneficio.

Además, junto con la citación de los principios, encontramos dos derechos importantes sobre los que tiene que versar los efectos tras la ruptura de la convivencia; por un lado, y como ya hemos mencionado anteriormente y ha alegado al parte recurrente, destaca el derecho que tienen los hijos a mantener un contacto directo con los padres³³ (art. 76.3.a CDFa) y, el derecho que aquí se expone, que tiene, en este caso el padre, a una igualdad en sus relaciones con los hijos respecto a la madre³⁴ (73.3.b CDFa), derecho que como dice López Azcona, Aurora, se articula fundamentalmente a través de la preferencia que el CDFa atribuye a la custodia compartida (art. 80.2 CDFa).³⁵ Debemos recordar, como hemos dicho anteriormente, que esa preferencia por la custodia compartida³⁶ ha sido recientemente eliminada por el legislador aragonés.

³² Vid. DELGADO ECHEVERRÍA, J, PARRA LUCÁN, M^a.A., *Manual de Derecho civil aragonés*, 4^o edición, ed. El Justicia de Aragón, 2012, p. 180.

³³ En lo relativo al contacto directo de los hijos menores con los padres, establece SERRANO GARCÍA, J.A “*Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón, Doctrina y Jurisprudencia*”, ed. Dykinson, Madrid, p. 185, que la finalidad de promover unas relaciones continuadas de los progenitores con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación se fundamenta en los derechos del art. 76.3 CDFa, que traslada al Derecho aragonés de la persona el principio general de derecho a la igualdad constitucionalmente reconocida en el art. 14 CE.

³⁴ Vid. LÓPEZ AZCONA, A., «Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa» en *Revista de Derecho Aragonés*, 2014 p. 131.

³⁵ En relación con la doctrina jurisprudencial del TSJA sobre la preferencia legal por la custodia compartida, nombra SERRANO GARCÍA, J.A., «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia» en Actas del Foro de Derecho aragonés, vigésimos segundos encuentros, ed. El justicia de Aragón, 2013, p. 201, varias sentencias del TSJA, entre otras, TSJA 5/2012, de 8 de febrero, que destacan el criterio preferente de la custodia compartida establecido por el legislador aragonés, tal y como dispone el artículo 80.2 CDFa, como expresión del sistema que mejor recoge el interés de los menores salvo, como también expresa con claridad el referido precepto, que la custodia individual sea más conveniente.

³⁶ Para un mayor alcance de los conceptos de custodia compartida y custodia individual, BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E., “*Relaciones entre padres e hijos en Aragón, ¿un modelo a exportar?*”, ed. Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, p. 324, analiza las diferencias entre ambas. Afirma que tanto en la custodia individual como en la compartida, los progenitores tienen tanto la titularidad como el ejercicio compartido de la autoridad familiar, pero que, en la custodia individual, es el cónyuge custodio quien organiza la vida del menor a través de decisiones que tilda de “subjetivamente relevantes” para el menor, porque son las que marcan su vida cotidiana. Continúa señalando que, la custodia individual sitúa al progenitor custodio en una situación prevalente frente al otro, en un mayor ámbito de poder frente al progenitor no custodio, lo que se hace manifiesto en las posibles negociaciones entre ellos.

En el presente caso, el TSJA no precisa que dicho traslado resulte beneficiosos para los dos hijos menores del matrimonio y además, admite que de producirse, resultaría imposible el ejercicio de la custodia compartida, a partir del 9 de abril de 2017, por el padre, debido a la gran distancia que le separaría de sus hijos.

El TSJA alega que, no es necesario analizar los motivos 2º y 3º del recurso de casación relativos a los artículos 76.5 y 76.3.b del CDFFA pues éstos se dirigen a apoyar el art. 76.3.a y 80.2 del CDFFA que ya han sido estimados.

FUNDAMENTO OCTAVO

En virtud del art. 398.2 LEC, por la estimación del recurso, no se procede a la imposición de las costas del mismo.

FALLO

Por todos los motivos anteriormente analizados, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón falla a:

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por Don Ignacio.
2. Dejar sin efecto la Sentencia dictada por la AP de Zaragoza, así como el Auto de aclaración de 15 de julio y 22 de julio, ambos de 2015.
3. Confirmar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de 1 de octubre de 2014, núm. 16 de Zaragoza.
4. No proceder a la imposición de costas.

V. VOTO PARTICULAR

La Magistrada Ilma. Sra. D^a Carmen Samanes Ara realiza un voto particular, aceptándose el encabezamiento y los antecedentes de la Sentencia de TSJA.

Comienza la Sra. Magistrada recordando la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia del TS nº 417/2015, de 29 de junio, que establece que la función de la casación es controlar que se ha aplicado correctamente el derecho por parte de las audiencias provinciales.

Es decir, se trata de saber si la resolución recurrida vulnera o no las infracciones a derecho que alega la parte recurrente.

A continuación la Sra. Magistrada comienza a analizar las alegaciones de la parte recurrente, en este caso, Don Ignacio.

Con respecto a la infracción del art. 76.3 en relación con el 80.2 CDFA, como ya hemos dicho en reiteradas ocasiones, relativo al derecho de los hijos a un contacto directo y regular con el padre y al derecho del padre de participar en las decisiones, la Sra. Magistrada argumenta que el traslado de los niños a Portugalete para residir en el domicilio materno, no comportaría ninguna infracción al derecho consagrado en el art. 76.3 CDFA, a pesar de que les separara del padre una distancia de más de 300 km, que para ella, supondría una mayor incomodidad y gasto para el padre, pero no una privación del derecho a sus hijos a un contacto directo y regular con él.

Continúa la Sra. Magistrada diciendo que, la alegación de la infracción del art. 80.2 del CDFA no tiene sentido puesto que todavía no se ha aplicado, es decir, todavía no se ha producido el cambio a la custodia compartida.

Además cree, que el hecho de que en la Sentencia de la AP se estableciera que la madre no toma la decisión de traslado a Portugalete de forma caprichoso o injustificada es motivo suficiente para rechazar el motivo segundo que se denuncia en la infracción del art. 76.5 del CDFA.

Es importante destacar en este punto el énfasis que marca la Sra. Magistrada en cuanto al hecho de considerar necesario analizar los motivos segundo y tercero, a contraste de lo que hace el Tribunal, pues éste no se pronuncia apenas sobre los mismos, limitándose a estimarlos por el hecho de considerar que apoyan al motivo primero del recurso.

En cuanto al error producido por la AP relativo a entender que los menores ya estaban viviendo en Portugalete, la Sra. Magistrada entiende que denunciar ese error en casación no tiene motivo de ser y que, además, el error no tiene la trascendencia que se la da en la sentencia del TSJA.

Continuando con dicho error, y por ende, entendiendo la AP de que el traslado de los niños a Portugalete

no ha supuesto riesgo en su adaptación, ni tampoco una desaparición con la relación del padre, supone, a juicio de la Sra. Magistrada la constatación de que los niños se han adaptado correctamente al lugar materno.

Por ello, la Sra. Magistrada entiende que el traslado no supone perjuicio alguno para los menores en virtud de dos cosas:

- La primera de ellas, debido a su corta edad.
- La segunda, porque no va a desaparecer la relación con el padre.

Además, la Sra. Magistrada hace referencia al hecho de admitir la legitimidad del traslado de la madre, pero sin arrastrar a sus hijos. A su juicio, entiende que, la legitimidad del traslado materno a Portugalete solo se plantea si los niños también se van con ella.

Por otro lado, resalta el hecho de que el Auto de aclaración no modificó el fallo de la sentencia.

Y, también, aclara que, los menores todavía no han sido desplazados a Portugalete, por lo que no se puede hablar de una actuación desleal de la madre y por tanto, tampoco de que haya actuado de forma unilateral en la toma de decisiones, y acaba llegando a la conclusión de que, no existe la infracción al art. 76.3.b CDFA en relación con el 75.2 del mismo alegada por la parte recurrente.

Por todo ello, la Sra. Magistrada entiende que el fallo hubiera debido de ser:

- Desestimar el recurso de casación contra la sentencia de 30 de junio de 2015, en el rollo nº 28/15, que confirma.
- No hacer imposición de costas.
- Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

VI. CONCLUSIONES

Tras el análisis de la Sentencia, podemos calificarla de interesante, ya que se encuentra a la orden del día, debido al aumento de rupturas matrimoniales entre los cónyuges y sus posibles efectos colaterales que tienen, sobre todo, cuando existen hijos menores comunes.

Me gustaría destacar que tras una ruptura matrimonial, los primeros perjudicados son los posibles hijos menores que tengan a su cargo, por ello, considero que es de vital importancia que los progenitores tomen

una actitud adecuada y positiva, fomentando el diálogo entre ellos y siempre tomen decisiones teniendo en cuenta los intereses de sus hijos.

También, se ha podido hacer un pequeño análisis de los recursos que pueden ser objeto de casación foral y cuáles no, que en su día cuando me tocó estudiarlo, no lo comprendí muy bien, debido sobre todo, al poco tiempo que se dispone para dar una asignatura como el Derecho Civil Aragonés, pero con este análisis me ha quedado más claro.

Por último, destacar el hecho de contener la sentencia un voto particular por parte de la Sra. Magistrada Carmen Samanes Ara, amparado en el art. 260 LEC, la cual no está en absoluto de acuerdo con la resolución llevada a cabo por la mayoría de los integrantes del TSJA.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BUSTOS MORENO, Y., «El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial», ed. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 214

CASAJUS SANCHO, C., «Los Derechos de la personalidad de los menores en Aragón» en *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2008, pp: 65 – 168.

VVAA. DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Comentarios al Código de Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia» ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 833

VVAA. DELGADO ECHEVERRÍA J, PARRA LUCÁN, M.^a. A., «Manual de Derecho civil aragonés», 4^o Edición, El Justicia de Aragón, 2012, pp. 735.

FORCADA MIRANDA, J., «La nueva regulación de la custodia en la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres: custodia compartida, autoridad familiar, responsabilidad parental, traslado y sustracción de menores» en *Actas del Foro de Derecho aragonés, vigésimos encuentros*, ed. El justicia de Aragón, 2011, pp 177 a 216

GARCÍA LLORENTE, M^a.A, GAVILÁN LÓPEZ, J, SANZ-DIEZ DE ULZURRUN, J., «Familia y

Sucesiones 2013-2014» ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2012, pp. 1640

LACRUZ MANTECON, M., «Síntesis del Derecho Civil – III, Familia y sucesiones», ed. Kronos, Zaragoza, 2016, pp. 434.

LÓPEZ AZCONA, A., «Ruptura convivencial y custodia de los hijos menores en la regulación aragonesa» en *Revista de Derecho Aragonés*, 2014, pp. 127-154.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C, «La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres» en Actas del Foro de Derecho aragonés, vigésimos encuentros, ed. El justicia de Aragón, 2011, pp. 133 a 176

RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El derecho de visita», ed. J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 423

SERRANO GARCÍA, J.A., «La custodia compartida aragonesa en la primera jurisprudencia» en Actas del Foro de Derecho aragonés, vigésimos segundos encuentros, ed. El justicia de Aragón, 2013, pp 181 a 294

SERRANO GARCÍA, J.A, BAYOD LÓPEZ, M^a C., «Cincuenta años de Derecho civil aragonés» Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2018, pp. 407.

SERRANO GARCÍA, J.A, BAYOD LÓPEZ, M^a. C., «Guiones para el estudio del Derecho Civil Aragonés», ed. Kronos, Zaragoza, 2013, I.S.B.N.: 978-84-96267-45-9

SERRANO GARCÍA, J.A, BAYOD LÓPEZ, M.^a.C., «Relaciones entre padres e hijos en Aragón: ¿un modelo a exportar?», Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, pp. 362

SERRANO GARCÍA, J.A, BAYOD LÓPEZ, M^a.C., «Lecciones de Derecho Civil: Familia» ed. Kronos, Zaragoza, 2016, pp. 547

XVIII. JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 26 de octubre de 2012, sobre fijación del domicilio de la menor para el caso de que la madre resida en el extranjero. ROJ: STS 6811/2012

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 176/2008, de 22/12

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

STSJA de Aragón 13 julio 2011

ROJ: STSJ AR 1244/2011

STSJA 5/2012, de 8 de febrero

Revista Derecho Civil aragonés, 2012 p. 373 a 374

STSJA 18/2013, de 25 de marzo de 2013

Revista Derecho Civil Aragonés 2013, p. 298 a 302

STSJA 46/2013, de 30 de octubre de 2013.

Revista Derecho Civil Aragonés 2013. p. 385 a 386

STSJA 18/2014, de 23 de mayo de 2014

Revista Derecho Civil Aragonés 2014, p. 459 a 473

STSJA 11/2016, 8 de marzo, sobre visitas de los ascendientes a hijos menores.

Revista Derecho Civil Aragonés 2017, p. 526 a 542

AUDIENCIA PROVINCIAL

Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, 228/2012, de 25 de abril.

Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en el rollo de apelación núm. 28/2015.

SENTENCIAS EN PRIMERA INSTANCIA

Juzgado de primera instancia núm. 16 de Zaragoza (procedimiento de mutuo acuerdo 107/2013).

Sentencia 18/2014, recurso 3/2014.

Sentencia Primera Instancia nº 37/2014, de 19 de noviembre, recurso 14/2014.