



Roj: **STS 166/2017 - ECLI:ES:TS:2017:166**

Id Cendoj: **28079110012017100040**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/01/2017**

Nº de Recurso: **2545/2015**

Nº de Resolución: **29/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Alicante/Alacant, núm. 8, 22-12-2014 ,
SAP A 1499/2015,
STS 166/2017**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 18 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 12 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, en el rollo de apelación n.º 243/15 dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1090/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Alicante. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente el procurador don Jorge Deleito García, en nombre y representación de don Desiderio . Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida la procuradora doña Carmen Moreno Ramos, en nombre y representación de doña Dolores . Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Begoña Santana Oliver, en nombre y representación de don Desiderio , presentó demanda de modificación de medidas acordadas en previa sentencia de guarda y custodia dictada el 17 de diciembre de 2010, por la autoridad de vigilancia de tutelas de Ginebra, frente a doña Dolores . En el suplico de la demanda solicitó al Juzgado:

«SUPlico AL JUZGADO: Que teniendo por presentado este escrito, juntos con sus documentos y copias de todo ello, se sirva admitirlos, tenga por formulada DEMANDA DE SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS acordadas en la REPÚBLICA Y CANTÓN DE GINEBRA (Suiza) mediante sentencia del Juzgado de tutelas de la República y Cantón de Ginebra del 8 de octubre de 2010 así como la sentencia de la Autoridad de Vigilancia de Tutelas de fecha 17 de diciembre de 2010, contra Doña Dolores , cuyos datos personales a efectos de notificaciones se han dejado señalados en el encabezamiento de este escrito y previos los trámites legales oportunos, con citación del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses del menor, se dicte Sentencia en virtud de la cual se acuerde:

»1º Que se proceda a la MODIFICACIÓN de la medida relativa a la guarda y custodia del hijo menor siendo más beneficioso para el menor, establecer un RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA INDIVIDUAL A FAVOR DEL PADRE y estableciendo el Régimen de Visitas a favor de la madre de la siguiente manera, debiendo la patria potestad ser compartida:

»1.- Un fin de semana al mes desde las 10:00 h del sábado hasta las 18: 00 h del domingo, debiendo la madre recoger al menor en el portal del domicilio paterno y acompañarle al mismo domicilio el domingo;

»2º.- Este régimen será alterado únicamente en las fiestas de Navidad, Semana Santa y Vacaciones estivales, de la forma que se expresa a continuación y siempre en defecto de acuerdo, debiendo la madre recoger al menor en el portal del domicilio paterno mientras que el padre recuperará al menor en el portal del domicilio materno.

»- a) Fiestas de Navidad: Se dividirán.

»- Primer periodo: desde el día 23 de diciembre a las 18:00 horas hasta el día 30 de diciembre a las 18:00 horas.

»- Segundo periodo: desde el día 30 de diciembre a las 18:00 horas hasta el día 6 de enero a las 18:00 horas.

»b) Semana Santa: El menor pasará las fiestas de Semana Santa ininterrumpidamente con su madre.

»c) Vacaciones estivales: se dividirá también en periodos iguales teniendo como referencia el calendario escolar.

»La elección de los periodos se hará, en los años pares por el padre y en los impares por la madre, mediando para ello un preaviso de la elección de un progenitor al otro de dos meses de antelación.

»El menor será recogido a las 10:00 h de la mañana del primer día de recogida en el portal del domicilio paterno y será entregado al otro progenitor a las 18.00 horas del último día que le corresponda.

»d) Ambos progenitores facilitarán la comunicación del hijo con el otro progenitor, pudiendo comunicar con éstos diariamente de forma telefónica, electrónica o audiovisual entre las 18'00 y las 19'30.

»e) Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro durante los periodos vacacionales el lugar donde se encuentren con su hijo, dirección y teléfono.

»f) Si alguno de los progenitores deseara cambiar de residencia o tuviera que hacerlo por motivos profesionales, ambos cónyuges convienen que habrá de notificárselo al otro de forma fehaciente, comprometiéndose a revisar y proceder a la modificación de la guarda y custodia y régimen de visitas.

»g) Ambos progenitores tiene derecho a ser informados de todos aquellos aspectos que afecten al menor y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica y los boletines de evaluación, e igualmente tienen derecho a obtener información a través de la reuniones habituales con el centro escolar, tanto si acuden juntos como si lo hacen por separado. De igual manera tiene derecho a obtener información médica de su hijo y a que se le faciliten los eventuales informes.

»h) El progenitor que en ese momento se encuentre con el menor podrá adoptar decisiones respecto a él en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el día a día del menor puede producirse.

»i) Documentos de identidad: Cada progenitor podrá solicitar libremente documentos de identidad y/ o pasaportes para la menor, debiendo la madre entregar el pasaporte francés actual del menor al padre, conservando ella el pasaporte suizo, todo ello, para poder facilitar los desplazamientos del menor;

De forma subsidiaria a dicha solicitud, y para el supuesto que se atribuyese la guarda y custodia del hijo menor a la madre, interesamos como régimen ordinario de visitas a favor de mi mandante el régimen ofrecido anteriormente a la madre.

»2º Que la contribución a los alimentos, los gastos de desplazamiento y los gastos extraordinarios se realice conforme a lo antes expuesto

»3º.- Con expresa condena en costas a la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda.»

2.- Admitida a trámite la demanda por decreto de 17 de junio de 2014, se acordó dar traslado a la demandada por término de veinte días.

3.- La procuradora de los tribunales doña Carmen Lozano Pastor, en nombre y representación de doña Dolores , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«SUPlico AL JUZGADO, que tenga por presentado este escrito, por hechas las manifestaciones que contiene, se sirva admitirlo, junto con el poder que acredita mi representación, documentos que se acompañan y copias de todo ello y tenerme por personada y parte en nombre de DOÑA Dolores , quien lo hace bajo la representación procesal de Doña Carmen Lozano Pastor y la dirección letrada de Doña Begoña Román Pastor, y tener por contestada en tiempo y forma la demanda de Modificación de Medidas interpuesta de contrario, de la que se dará traslado a la contraparte y al Ministerio Fiscal, recibir el procedimiento a prueba, que solicitamos desde este momento y en oportuno estado dictar sentencia en su día desestimando íntegramente y en todos sus extremos las pretensiones del actor y acordando las siguientes medidas:



»a).- Ratificar que la guarda y custodia del menor Adrian siga ostentándola su madre, Doña Dolores , de forma exclusiva tal y como fue establecido en Auto de fecha 8 de octubre de 2010 dictado por el Juzgado de Tutelas de Ginebra.

»b).- Que se establezca para el padre el siguiente régimen de visitas:

»-Inicialmente las visitas que se lleven a cabo deberán de realizarse a través del Punto de Encuentro Familiar y de forma tutelada durante un periodo de seis meses y con una periodicidad de un fin de semana al mes, tanto en sábado como en domingo, en el horario que establezca el Punto de Encuentro, y ello con el fin de que el Sr. Desiderio y su hijo Adrian se vayan conociendo y los profesionales que dirijan dicho centro puedan ver como interactúan el padre y el menor y como evoluciona su relación.

»-Una vez transcurra ese primer periodo de seis meses, tiempo en el que el Sr. Desiderio haya demostrado no sólo su interés por el hijo sino las habilidades adecuadas para tenerlo en su compañía, podrá comenzar un régimen de visitas consistente en sábado y domingo, sin pernocta, durante tres meses más, comenzando el sábado a las 10 horas hasta las 20 horas de ese día y con idéntico horario en domingo, recogiendo y reintegrándolo al hogar materno.

»- Finalmente y si dichos periodos se superan positivamente el menor podrá pasar con su padre, tal y como el mismo propone, un fin de semana mensual de sábado a domingo y en el horario igualmente propuesto.

»-En cuanto al régimen vacacional se admite el propuesto una vez hayan transcurridos los periodos indicados anteriormente en que las visitas serán tuteladas primero y sin pernocta después. Una vez se haya verificado la capacidad y habilidad correspondiente el Sr. Desiderio podrá disfrutar de la compañía de su hijo también durante la mitad de todos los periodos vacacionales escolares del menor.

»c).- Ratificar la obligación del Sr. Desiderio de prestar alimentos a su hijo en la forma en que estipulo la sentencia de 23 de marzo de 2012 dictada por la Corte de Justicia de Ginebra y cuya suma mensual fue estipulada en 1500 francos suizos hasta que el menor cumpla la edad de diez años, siendo la suma a partir de ese momento de 1800 francos suizos hasta su independencia económica. La citada cantidad se actualizará de acuerdo a lo dispuesto en la resolución judicial mencionada.»

3.- El Juzgado dictó sentencia el 22 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

«Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda formulada por la procuradora D^a Begoña Santana Oliver en nombre y representación de D. Desiderio contra D^a Dolores representada por la procuradora D^a Carmen Lozano Pastor, DEBO MODIFICAR LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN SENTENCIA DE 9-12-08, DICTADA POR ESTE JUZGADO EN AUTOS N^o 865/08 Y AUTO DE 4-10-13 DICTADO POR ESTE JUZGADO EN AUTOS N^o 1115/13 en el siguiente sentido:

»1.- NO SE AUTORIZA EL TRASLADO DE RESIDENCIA HABITUAL DEL HIJO MENOR DE LA PAREJA A ALICANTE, DEBIENDO REGRESAR DE MANERA INMEDIATA A GINEBRA Y REINCORPORARSE AL CENTRO ESCOLAR AL QUE ASISTIERA CON ANTERIORIDAD O AL QUE AMBOS PROGENITORES DECIDAN DE MUTUO ACUERDO.

»2.- PARA EL SUPUESTO DE QUE LA SRA. Dolores REGRESARA JUNTO CON EL MENOR A GINEBRA, SE MANTIENE EL REGIMEN DE CUSTODIA INDIVIDUAL MATERNA CON PATRIA POTESTAD COMPARTIDA POR AMBOS PROGENITORES CON UN REGIMEN DE VISITAS A FAVOR DEL PROGENITOR NO CUSTODIO SR. Desiderio CON SU HIJO MENOR.

»Por tanto deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario del hijo deban conocer ambos padres. Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo.

»El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a su hijo, 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 del menor; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica y a la realización por el menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión(bautismo, comunión, confirmación y similares en otras religiones) 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 encontrara el menor 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 apartarlo 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.

»La guarda y custodia exclusiva o convivencia individual ostentada por la madre custodia o conviviente comporta estar en compañía y al cuidado del menor en la atención diaria e incluye la potestad de tomar decisiones habituales y rutinarias tales como revisiones pediátricas ordinarias y vacunas previstas por las autoridades sanitarias, actividades en el tiempo de ocio del menor(asistencia a fiestas de cumpleaños, dormir una noche en casa de un amigo, ir al cine etc) siempre y cuando no impliquen una actividad de riesgo(como por ejemplo un deporte de riesgo como el alpinismo) y mientras no perturben el régimen de comunicación y visitas o relaciones con el progenitor no custodio o conviviente, resolver las cuestiones relativas a la ropa que ha de utilizar para vestirse, almuerzo que se prepara para el colegio, comidas en el propio domicilio, asistencia a excursiones previstas durante la jornada escolar etc.

»El progenitor que se encuentre en compañía de su hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo, sin previa consulta al otro progenitor, en los casos en que exista una situación de urgencia vital o se trate de cuestiones poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.

»Ambos progenitores tienen el deber de informarse, mutuamente, de todas las cuestiones relevantes que afecten a su hijo, siempre que el conocimiento de aquéllas no lo pueda obtener por sí mismo el progenitor que no esté en compañía del menor en el momento en que las mismas se produzcan (por ejemplo, enfermedad), lo que no sucede en el caso de cuestiones escolares, extraescolares o médicas ordinarias, entre otras, en las que los profesionales que se ocupan del menor tienen la obligación de suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre su hijo, por ser ambos titulares de la patria potestad. Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en su poder de estos últimos sobre la evolución escolar y académica de su hijo y su estado de salud físico y psíquico.

»De esta forma, el centro escolar ha de informar de la misma manera a ambos progenitores de posibles reuniones con tutores, participación en fiestas o festivales escolares, boletines de notas, calificaciones o evaluación, sanciones o absentismo escolar e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores y servicios de orientación del centro escolar, tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado. Asimismo, el centro de salud o médico de cabecera del menor ha de informar de la misma manera a ambos progenitores de la historia clínica del menor, proporcionar dos copias de los informes, diagnóstico de enfermedades, ingresos hospitalarios, tratamientos prescritos y cualesquiera otras circunstancias relativas a la salud del menor.

»El menor podrá estar presente en acontecimientos familiares, tales como bautizos, bodas, comuniones, etc., tanto de la familia materna como paterna, debiendo ambos progenitores comunicárselo mutuamente con la debida antelación, y facilitar la asistencia del niño a tales actos.

»En el supuesto de que exista discrepancia entre los progenitores sobre con cual de ellos ha de disfrutar el día de su primera comunión o confirmación, lo será con el progenitor al que corresponda la convivencia en ese concreto día y sin perjuicio de que ambos progenitores tiene legítimo derecho a acudir al acto religioso que se celebra al efecto.

»Para el adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones derivados del ejercicio conjunto de la patria potestad, el menor deberá ser entregado por un progenitor al otro acompañado de su documentación personal (D.N.I./N.I.E. o pasaporte, en el caso de salida al extranjero) y sanitaria (tarjeta sanitaria) o tener un duplicado o copia en cada domicilio(pudiendo solicitarlo cualquiera de los progenitores a la Consellería de Sanidad), así como de la medicación que tuviese que serle suministrada e instrucciones necesarias para ello.

»Por último es conveniente aclarar que la custodia o convivencia, ya sea compartida o encomendada a uno de los progenitores de manera individual, no autoriza en modo alguno a modificar la residencia del hijo sin tener en cuenta sus intereses, sin contar con el consentimiento expreso o tácito del otro progenitor o sin obtener, en su caso, la autorización judicial correspondiente pues si los padres pueden cambiar libremente de residencia, ello no supone el derecho a modificar sin más la de los hijos cuando puede ser conservada mediante el cambio de custodia.

»El menor cursará sus estudios en centros públicos, concertados o privados según acuerden ambos progenitores hasta que finalice su etapa de enseñanza obligatoria o bachillerato. Si por las circunstancias del

centro escolar o del menor fuera necesario o aconsejable cambiar de centro, los progenitores deberán adoptar esta medida de mutuo acuerdo o en caso de no alcanzarse el mismo, decidirá la autoridad judicial a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

»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 su hijo, ambas partes de común acuerdo deberán revisar el régimen de relaciones y visitas para alcanzar otro sistema que salvaguarde la relación de la menor con cada progenitor, considerando el interés superior del hijo Y todo ello sin perjuicio de solicitar el progenitor que lo estime necesario la oportuna modificación de medidas a través del trámite procesal oportuno.

»Cada progenitor podrá viajar con el hijo durante el tiempo en que esté en su compañía, comunicándolo con quince días de antelación al otro progenitor - salvo en caso de urgencia -, e informando del lugar al que se viaja, teléfonos de contacto, fecha de viaje de ida y del retorno, así como del medio de transporte empleado.

»El régimen de visitas a favor del Sr. Desiderio en Suiza si la madre opta por trasladarse con el menor a Ginebra, consistirá en:

»Durante los tres primeros meses:

»Dos tardes intersemanales que en defecto de acuerdo serán los martes y jueves desde las 18 a las 20 horas con recogida y reintegro en el domicilio materno y un día de cada fin de semana(el primero el sábado, el segundo el domingo y así sucesiva y alternativamente) desde las 10 a las 20 horas con recogida y reintegro en el domicilio materno.

»Una vez transcurridos los 3 meses iniciales:

»- fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes donde lo recogerá hasta el lunes por la mañana reintegrándolo de nuevo al centro escolar.

»- una tarde intersemanal que, en defecto de acuerdo será la de los miércoles desde las 18 hasta las 20 horas, recogiendo y reintegrándolo en el domicilio materno.

»El lugar de entrega y recogida será el domicilio familiar, salvo cuando la entrega o recogida se efectúe en el centro escolar en que curse sus estudios el menor. Ambos progenitores deberán comunicarse fehacientemente cualquier cambio de domicilio a fin de que pueda desarrollarse de una forma adecuada la relación de ambos padres con el menor y el cumplimiento del régimen de visitas y el resto de los derechos y las obligaciones derivadas de la patria potestad.

»El régimen de visitas o relaciones previsto a favor del progenitor no custodio o no conviviente ha de ser compatible, en su caso, con las actividades extraescolares que realice el menor, de manera que el progenitor no custodio se hará cargo de acompañarla y de su asistencia a dicha actividad y sin perjuicio de que las partes, de común acuerdo, puedan, adaptar tales actividades al régimen de visitas señalado.

»El menor habrá de realizar, mientras permanezca en compañía del progenitor no custodio, sus tareas y deberes escolares(ya sea en fines de semana, tarde intersemanal o periodos vacacionales).

»Los días festivos intersemanales se alternarán por mitad entre ambos progenitores correspondiendo a la madre el primer día festivo a partir de la presente y así sucesiva y alternativamente, estableciéndose a efectos de constancia y conocimiento, tanto para los progenitores como para el hijo, el calendario anual de festividades intersemanales a principios de cada anualidad.

»Igualmente, el menor deberá pasar el Día de la madre y cumpleaños de la madre, junto con la misma, y el día del padre y cumpleaños del padre, junto con el mismo siempre que en ambos casos no se trate de días laborables. Cuando le corresponda estar en compañía del padre lo recogerá a las 10 horas y lo reintegrará al domicilio materno a las 20 horas.

»El día del cumpleaños del menor, el progenitor que no tenga consigo su hijo podrá estar con él por la tarde una hora entre las 18.00 horas y las 20 horas, respetando la celebración que pudiera efectuarse.

»El régimen de estancias y comunicación del hijo con el progenitor - padre o madre - podrá quedar en suspenso en caso de enfermedad o indisposición del hijo(no un simple resfriado sino más grave), en cuyo caso los progenitores procurarán acordar un sistema alternativo apto para poder facilitar el contacto (por ejemplo, mediante la oportuna compensación del tiempo no disfrutado por el progenitor al que correspondía la estancia con el hijo). En la medida de lo posible, en estos casos, el progenitor que tenga al menor en su compañía

deberá justificar ante el otro con el oportuno certificado médico la enfermedad que ha impedido el disfrute del régimen de estancias con el mismo.

»Cada uno de los progenitores podrá comunicarse todos los días telefónicamente o por Internet, videoconferencia, Messenger, skype, NO POR WHATSAPP NI LINE o nuevas tecnologías que faciliten la comunicación a distancia con su hijo cuando éste esté con uno de ellos siempre que no entorpezca su rutina ordinaria de comidas, descanso y estudio, respetando siempre el horario de descanso del hijo, del otro progenitor y del resto de la familia que con ella conviva, así como el tiempo necesario para la realización de deberes escolares por el mismo CON UNA LIMITACION DIARIA DE 10 MINUTOS COMO MAXIMO.

»Ambos progenitores no interferirán durante los periodos de estancia del hijo con cada uno de ellos con llamadas telefónicas reiteradas e intempestivas, mensajes de texto, correos electrónicos etc excepto aquellas comunicaciones que sean absolutamente necesarias o urgentes.

»Los periodos vacacionales a fin de su reparto se entiende que comienzan el día siguiente al último día lectivo y finalizan el día anterior al comienzo de las actividades escolares. Concluido el periodo vacacional, el siguiente fin de semana le corresponderá al progenitor que no haya tenido al menor el último periodo vacacional y así de forma sucesiva y alterna.

»- Durante las vacaciones escolares de Navidad el período vacacional se dividirá en dos subperiodos comenzando la madre por disfrutar el primer subperiodo durante las Navidades de los años pares y el padre el segundo y así alternativamente con los años impares.

»- En cuanto a las vacaciones escolares de verano, se entenderá dividido dicho lapso temporal vacacional en dos periodos, correspondiendo el derecho-deber de la madre de comunicar con su hijo y tenerlo en su compañía el primero de los periodos citados los años pares y el segundo en los años impares; corresponderá al padre, por tanto, y referido a dichos periodos vacacionales, el derecho-deber de disfrutar de la compañía de su hijo el segundo de los periodos citados los años pares y el primero en los años impares.

»Y respecto a las vacaciones de Semana Santa, durante los años pares tendrá al hijo la madre durante la primera mitad y la segunda al padre y viceversa durante los impares.

»En el supuesto de que el menor disfrute de la "Semana Blanca" en el colegio y no realice ninguna actividad con el centro escolar, pasará la misma un año con cada uno de los progenitores, asimismo de forma alternativa, correspondiendo, en caso de desacuerdo, a la madre en los años pares y al padre en los años impares.

»En caso de enfermedad del menor o síntomas que de ello se adviertan, los mismos deberán ser puestos en conocimiento del otro progenitor con la inmediatez que el caso permita y el progenitor que no se encuentre en su compañía podrá visitarlo en el domicilio del otro(no en el supuesto de un simple resfriado o gripe sino una enfermedad más grave), avisando con la debida antelación y preservando la intimidad de este progenitor e igualmente en caso de ingreso hospitalario podrá visitar al menor donde se encuentre sin ninguna limitación de tiempo y con las únicas restricciones que determinen su estado o lugar de permanencia. Cada uno de los progenitores, podrá contactar telefónicamente todos los días con el menor, informando cada progenitor al otro del número de teléfono y lugar en que lo pueda localizar durante los periodos vacacionales y procurando en caso contrario el contacto telefónico con el otro progenitor mediante la oportuna llamada.

»3.- SI LA MADRE SRA. Dolores MANTUVIERA SU RESIDENCIA EN ALICANTE, SE FIJARA UN SISTEMA DE CONVIVENCIA INDIVIDUAL PATERNA CON EL SR. Desiderio EN GINEBRA CON PATRIA POTESTAD COMPARTIDA POR AMBOS PROGENITORES Y CON EL SIGUIENTE RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DE LA MADRE:

»- un fin de semana al mes desde la salida del colegio el viernes donde lo recogerá hasta el domingo a las 20.30 horas reintegrándolo de nuevo al domicilio paterno.

»- los dos primeros tercios de las vacaciones escolares en Suiza de semana santa, navidad y verano en los años pares y los dos últimos tercios de las mismas vacaciones en los años impares, debiendo recogerlo y reintegrarlo en todo caso en cada periodo en el domicilio paterno.

»4.- SI SE MANTUVIERA EL REGIMEN DE CONVIVENCIA MATERNA, El Sr. Desiderio abonará a D^a Dolores 1.300 euros mensuales en 12 mensualidades al año en concepto de alimentos o gastos ordinarios a favor de su hijo menor a partir del mes de enero de 2015 inclusive. Tal cantidad será abonada por anticipado dentro de los siete primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que al efecto se designe por la beneficiaria, y actualizada anualmente conforme al Índice de Precios al Consumo con el expreso apercibimiento de que, en caso de impago, se podrá hacer efectivo su pago directamente por la vía de apremio, sin perjuicio de la posibilidad de incurrir en el delito previsto en el artículo 227 del Código Penal . La actualización se producirá sin que sea necesario el previo requerimiento o notificación. En la primera revisión se tomará como base de

cálculo la cantidad antes citada, operando las restantes sobre el importe que se viniera satisfaciendo en el momento de practicarlas. SI SE ACCEDIERA A UN RÉGIMEN DE CONVIVENCIA PATERNA PORQUE LA SRA. Dolores NO SE TRASLADARA CON EL MENOR A SUIZA, la Sra. Dolores abonará al Sr. Desiderio 200 euros mensuales en concepto de pensión de alimentos para su hijo menor.

»5.- Cada uno de los progenitores habrá de hacerse cargo del 50% de los gastos extraordinarios devengados por la educación y crianza del menor.

»A los efectos de evitar futuras discrepancias entre los progenitores, ha de indicarse que: La pensión alimenticia cubre exclusivamente las necesidades básicas ordinarias y normales de los hijos señaladas en el art.142 C.C., en relación con el art.154 C.C., es decir, todo aquello que es preciso para el sustento, habitación, vestido o ropa, asistencia médica, educación(incluidos los universitarios en centros públicos) e instrucción(libros y material escolar) y, en definitiva, formación integral, todo ello entendido conforme al status familiar, teléfono móvil e Internet, actividades educativas consistentes en una simple excursión escolar o actividad análoga de unas horas de duración y coste proporcionado a ella. Así, a título de ejemplo, son gastos ordinarios usuales e incluidos en la pensión alimenticia los correspondientes a vestido, ocio ordinario, los uniformes, libros y material escolar o docente no subvencionado, matrícula, seguro escolar, ampa, aula matinal, cuota de apa, aportación voluntaria en colegios concertados, comedor escolar, transporte escolar, recibos emitidos por el centro escolar, excursiones escolares de una jornada de duración, teléfono móvil y acceso a internet de los menores, gastos médicos y farmacéuticos habituales por enfermedades comunes y cubiertos por la seguridad social, etc.

»Los gastos extraordinarios integran también la obligación alimenticia, pero nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, son eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable, razón por la cual no pueden incluirse en la pensión ordinaria a la vez que no pueden ser costeados por uno solo de los progenitores sin desequilibrar en su perjuicio la equivalencia de sus respectivas contribuciones. Ello no significa que haya de ser siempre imprescindibles y necesarios (silla de ruedas, elementos ortopédicos, vacunas, asistencia de terceras personas en caso de enfermedad, etc.), cabe también que sean accesorios (operaciones quirúrgicas en centros privados aunque estén cubiertas por la Seguridad Social, etc.), o simplemente complementarios (viajes de estudios en España o al extranjero, campamentos o cursos de verano, clases de refuerzo recomendadas por el centro escolar, clases particulares ya sean deportivas, culturales, formativas o de otra naturaleza, etc.).

»Son gastos extraordinarios de carácter educativo las clases particulares de apoyo o refuerzo escolar motivadas por un deficiente rendimiento escolar.

»Son gastos extraordinarios de carácter sanitario los odontológicos y tratamientos bucodentales (incluida la ortodoncia, prótesis dentarias, aparatos correctores como los brackets, colocación de piezas dentales nuevas, servicios o tratamientos dentales de cualquier clase, raspajes, curetajes, empastes, endodoncias, desvitalización, colocación de fundas, implantes), terapias de logopedia, psicólogo, prótesis o aparatos ortopédicos (plantillas, ayudadores, andadores, corsés, sillas de ruedas etc), fisioterapia, rehabilitación incluida la natación con prescripción facultativa, prótesis ópticas (monturas y cristales de gafas, lentillas y renovación o reposición de unas u otras por variación de graduación, rotura, sustracción o pérdida), gastos de facturación no básicos y médicamente prescritos, y en general los no cubiertos por el sistema de sanidad pública. Las intervenciones quirúrgicas de cirugía ocular por láser para reducción o curación de miopía u otros defectos en la visión, al igual que las de cirugía estética reparadora, se considerarán gastos médicos necesarios no urgentes cuando su realización sea recomendada por un facultativo especialista. Las operaciones quirúrgicas de cirugía estética, que no sean necesarias por no tratarse de cirugía estética reparadora, sólo serán abonadas por ambos progenitores si son decididas de mutuo acuerdo, o, en su defecto, autorizadas por el juez.

»También tienen la consideración de extraordinarios por su carácter no usual, de una parte, las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, música, informática, baile, cursos de verano y campamentos, y, de otra parte, los viajes al extranjero, las fiestas de cumpleaños u onomásticas, y otras celebraciones necesarias de los niños como la Primera Comunión así como los gastos de Colegio/Universidad privados, Máster o curso post-grado y las estancias en residencias universitarias, colegios mayores o similares.

»Se consideran gastos extraordinarios los de obtención del carnet o permiso de conducir vehículos a motor y ciclomotores, tasas y clases precisas para ello y los gastos a satisfacer para la expedición de títulos y grados académicos. Es un gasto extraordinario el traje de bautizo y comunión del menor.

»No obstante la obligación de ambos progenitores de contribuir por mitad al pago de los gastos extraordinarios, será presupuesto previo para la reclamación por un progenitor al otro, que, previamente a su realización, salvo supuestos de urgencia, haya recabado su consentimiento, en cualquier forma que permita acreditarlo documentalmente, con información al mismo del coste que implica y acompañando la documentación

precisa. La falta de oposición expresa, en el plazo de diez días naturales, o la obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación será equivalente a un consentimiento tácito. Expresamente se debe contar con consentimiento previo o autorización judicial proporcionada a la capacidad económica de la familia para que deban ser sufragados por mitad los cursos en el extranjero o en otra localidad distinta al domicilio del hijo o el coste de universidades privadas.

»Con relación a las clases particulares y cursos de idiomas en el extranjero, la Sección 4ª Ilma. Audiencia Provincial de Alicante en auto de 30-9-10 expone que para que sea exigible la contribución es preciso acreditar la necesidad de las clases en función del rendimiento escolar (autos de 11-7-07 y 29-1-09). En cuanto a los cursos en el extranjero, la misma Sala tiene declarado que es dudoso que las estancias individuales y voluntarias en el extranjero para perfeccionar el conocimiento de idiomas puedan merecer la consideración de gasto extraordinario de contribución obligatoria puesto que, aún teniendo en cuenta que se trata de una actividad formativa complementaria y cada vez más conveniente no puede reputarse siempre de estricta necesidad y también ha de ponderarse su coste normalmente elevado en relación con la situación económica de los interesados, de manera que para considerarlos como gastos extraordinarios ha de estarse a la posible existencia de indicaciones de que ambos cónyuges o progenitores hayan consentido no sólo en la realización del curso sino en su contribución, y también a la valoración de su situación económica, de la que podrán resultar elementos para que la negativa de uno de ellos a contribuir pueda considerarse injustificada (autos de 11-7-07 y 28-2-08).

»Por lo que se refiere a viajes de estudios realizados al final del curso o de un determinado periodo de escolarización, hay obligación de contribuir por mitad, siempre que su coste sea moderado y que se trate de los viajes realizados por todos o la mayor parte de los alumnos y organizados por el propio centro escolar, asociaciones de padres, etc, pudiendo en función de las circunstancias merecer el mismo tratamiento los campamentos de verano organizados de manera análoga y excluyéndose en cambio las actividades puramente voluntarias y recreativas (autos de 15 de junio y 29 de noviembre de 2006).

»En todo caso, la reclamación por vía de ejecución de gastos extraordinarios no expresamente previstos en la presente resolución habrá de verificarse por el progenitor que lo interese a través del procedimiento previsto en el artículo 776.4 LEC y todo ello sin expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a ninguno de los litigantes.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de doña Dolores , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo conocer de él a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante que dictó sentencia el 12 de junio de 2015 . El fallo de la sentencia dice:

«FALLAMOS: Que ESTIMANDO como ESTIMAMOS EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Alicante, de fecha 22 de diciembre de 2014 , DEBEMOS REVOCAR dicha resolución, dejando sin efecto la declaración contenida en el apartado 1 del fallo, relativo a no autorizar el traslado de residencia habitual del hijo a Alicante y ordenar el regreso inmediato a Ginebra.

Fijar un régimen de custodia materna, con patria potestad compartida por ambos progenitores. Estableciendo un régimen de visitas a favor del padre consistente en:

»1º Durante los seis primeros meses, visitas tuteladas, un fin de semana al mes sábados y domingos, en el horario que disponga el centro donde se fijen las visitas.

»2º Si el anterior régimen se cumple adecuadamente, los siguientes tres meses, serán de un fin de semana al mes, sábado y domingo sin pernocta, de 10 h. a 20 h.; debiendo ser el menor, recogido y reintegrado al domicilio materno.

»3º Si los anteriores periodos son superados positivamente. Se acuerda, un fin de semana al mes, desde las 10 h. del sábado a las 20 h. del domingo; debiendo ser recogido el menor y reintegrado al domicilio materno. Salvo que en el mes en cuestión exista un fin de semana que sea mas largo, por coincidir con un festivo para el progenitor no custodio; en cuyo caso se preferirá dicho fin de semana a cualquier otro; y las visitas se desarrollarían desde las 10 h. del sábado o festivo en cuestión, hasta las 20 h. del domingo o del festivo en cuestión.

»4º Régimen vacacional. Superados los iniciales periodos positivamente, se fija el siguiente régimen:

»Fiestas de Navidad: se dividirán:

»1º periodo del 23 de diciembre a las 18 h. hasta el 30 de diciembre a las 18 h.

»2º periodo del 30 de diciembre a las 18 h. hasta el día 6 de enero a las 18h.

»Semana Santa: El menor pasará ininterrumpidamente las fiestas de Semana Santa con el padre.

Vacaciones Estivales: se dividirán en periodos iguales siguiendo el calendario escolar.

»La elección de los periodos se hará, en los años pares por el padre y en los impares por la madre. Mediando para ello un preaviso de la elección de un progenitor a otro de dos meses de antelación.

»El menor será recogido a las 10 h. de la mañana del primer día de recogida en el domicilio materno y entregado al otro progenitor a las 18 h. del último día que le corresponda, también en el domicilio materno.

»Procede reducir la pensión de alimentos, a cargo del progenitor no custodio, a la suma de 1.000 ? mensuales.

Deben de permanecer por lo demás, inalterables los restantes pronunciamientos que se contienen en el fallo de la sentencia de instancia, en tanto no se opongan a lo resuelto en la presente. Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas procesales de esta alzada.».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de don Jorge Deleito García, en nombre y representación de don Desiderio , con base en los siguientes motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal :

Motivos: A) Infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

B) Errores en la valoración de la prueba que conllevará una valoración irracional, ilógica y arbitraria.

Recurso de casación:

Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento.

1.- Infracción del art. 12.3 del Código Civil .

2.- Infracción y vulneración de los artículos 92 y 103 del Código Civil .

2.- La Sala dictó auto el 15 de junio de 2016, cuya parte dispositiva dice:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Desiderio , contra la sentencia dictada, con fecha 12 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, en el rollo de apelación n.º 243/15 dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1090/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Alicante.

»2.º) No admitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Desiderio , contra la sentencia dictada, con fecha 12 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, en el rollo de apelación n.º 243/15 dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1090/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Alicante.

»3.º) Imponer a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a las parte recurrente, quién perderá el depósito constituido para este recurso.

»4.º) Entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, el Ministerio Fiscal en su informe se opone al recurso de casación atendiendo al criterio del interés superior del menor, con apoyo en la cita de las sentencias de la sala de 26 de octubre de 2012 y 20 de octubre de 2014 .

4.- La representación procesal de doña Dolores , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del presente recurso el 4 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que exponemos a continuación:

1.- Por Don Desiderio , de nacionalidad francesa, se presentó demanda de solicitud de modificación de medidas acordadas en la República y Cantón de Ginebra (Suiza) mediante sentencia del Juzgado de Tutelas de la República y Cantón de Ginebra de 8 de octubre 2010 así como la sentencia de la Autoridad de Vigilancia de Tutelas de fecha 17 de diciembre de 2010 , frente a la Señora Dolores .

2.- Los hechos en que el demandante funda su demanda son los siguientes:

(i) Fruto de la unión extramatrimonial de don Desiderio y doña Dolores , ambos compañeros de trabajo de la misma entidad, nació en Ginebra (Suiza) el día NUM000 de 2009 Adrian , Conrado , Dionisio .

(ii) Los dos progenitores reconocieron juntos al menor, con fecha 5 de noviembre de 2009, en el registro civil suizo. El padre interesó la transcripción en el registro civil francés tanto del acta de reconocimiento como del acta de nacimiento.

(iii) El menor adquirió la nacionalidad suiza y la francesa, si bien en el registro civil suizo lleva el primer apellido de su madre mientras que en el registro civil francés lleva el primer apellido de su padre.

(iv) Con fecha 11 de marzo de 2010, tras la separación de la pareja, el señor Desiderio solicitó al Juzgado de Tutelas de la República y Cantón de Ginebra que estableciera a favor suyo un régimen de visitas, dictando el juzgado un auto el 8 de octubre de 2010 estableciendo el régimen de visitas que consta en él.

(v) El señor Desiderio interpuso recurso contra dicho auto el 25 de octubre de 2010, que fue resuelto fijando el régimen de visitas en los términos que recoge la sentencia de la Autoridad de vigilancia de tutelas dictada con fecha 17 de diciembre de 2010 .

(vi) Con fecha 17 de enero de 2013 la madre, en contestación a un correo del padre, informó a éste que trasladó al menor para establecer su nuevo domicilio en España, concretamente en Alicante.

(vii) Desde enero de 2013 no ha podido ver a su hijo

(viii) El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Alicante dictó, con fecha 16 de abril de 2014, auto número 252/1014 , hoy firme, por el que se otorgaba el *exequatur* a las resoluciones suizas antes citadas.

3.- Con tales antecedentes entiende el actor, en su demanda, que las circunstancias que dieron lugar a la adopción de las medidas en Suiza han variado sustancialmente:

(i) En primer lugar porque la madre decidió unilateralmente el traslado del domicilio, abandonando Suiza con el hijo de ambos, menor de edad, vulnerando así tanto los derechos fundamentales como la legislación nacional del menor, en concreto los artículos 371-4 y 372-2 del Código Civil francés, en aplicación del artículo 9.1 del Código Civil español. Tales preceptos prevén el derecho del menor a mantener relaciones personales con sus ascendientes, así como que la separación de los padres no tendrá incidencia sobre las reglas de atribución del ejercicio de la patria potestad, y que tanto el padre como la madre deberán mantener relaciones personales con el niño y respetar los lazos de éste con el otro progenitor.

(ii) En segundo lugar porque el referido traslado ha supuesto un gran cambio en la vida del menor, al que se priva, además, del contacto con su padre y su familia paterna.

(iii) Como conclusión, y atendiendo al interés superior del menor, considera que sería más beneficioso para éste que se modificase el régimen de guarda y custodia actual y establecer un régimen de guardia y custodia individual a favor de él, con régimen de visitas ordinario a favor de la madre, compartiendo ambos progenitores la patria potestad.

Subsidiariamente, y para el supuesto de que se atribuyese la guarda y custodia del hijo menor a la madre, interesa como régimen ordinario de visitas a su favor el régimen ofrecido anteriormente a la madre.

(iv) La cita jurídica que se contiene respecto al fondo de la cuestión está dirigida a sostener la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la demanda formulada.

4.- Frente a la pretensión deducida, en su contra la Sra. Dolores se opuso a la demanda. Refiere situación de conflictividad entre las partes. Mantiene que comunicó previamente al demandante su intención de venir a España durante un plazo aproximado de dos meses para poder resolver su situación profesional o familiar después de haber perdido su empleo en Suiza -con motivo precisamente de haber tenido un hijo con el demandante que era compañero de empresa-, informando de todas las circunstancias del viaje y finalmente del domicilio y colegio del menor, información que el actor ocultó haber recibido llegando a denunciar la desaparición del menor.

Entiende no aplicable la ley francesa. En cuanto a la ley suiza, aplicada por los Tribunales, recoge en el artículo 298 del Código Civil Suizo que si la madre no estuviera casada con el padre, la patria potestad se otorgará

exclusivamente a la madre. Por lo que el padre nunca tuvo la patria potestad, teniendo además la guarda y custodia de acuerdo con las resoluciones judiciales suizas, y siendo la encargada de decidir sobre el lugar de residencia del niño.

Alega consentimiento expreso del demandante al llevar la cuestión a los Tribunales españoles mediante *exequatur*, y la prevalencia del interés del menor. Solicita confirmación de la guarda y custodia de la madre y un régimen de visitas a favor del padre.

5.- El Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Alicante, estimó parcialmente la demanda y modifica las medidas adoptadas. No autoriza el traslado de residencia habitual del hijo menor de la pareja a Alicante, debiendo regresar de manera inmediata a Ginebra y reincorporarse al centro escolar al que asistiera con anterioridad o al que ambos progenitores decidan de mutuo acuerdo. Para el supuesto de que la madre cambie su residencia a Ginebra, mantiene la custodia individual materna con patria potestad compartida y régimen de visitas a favor del padre. Para el supuesto de que la Sra. Dolores mantuviera su residencia en Alicante, fija un sistema de guarda individual paterna en Ginebra, con patria potestad compartida y régimen de visitas a favor de la madre.

Entiende el juzgador que la decisión unilateral del traslado del menor es una cuestión de orden público. Considera plenamente aplicable el Derecho Español una vez reconocidas las sentencias en España, en cuanto a la Ley Suiza que, en relación a progenitores no casados atribuía exclusivamente la responsabilidad parental sobre el menor a la madre (recientemente modificada) resultaría inaplicable de acuerdo con el artículo 12.3 del Código Civil, norma incomprensible en un ordenamiento jurídico como el español que tiene como base el interés de los menores.

Atiende a la nacionalidad española y suiza de la madre, francesa del padre, francesa y suiza del menor, al trabajo y residencia y convivencia de los padres en Ginebra, a la falta de motivación en el traslado a Alicante donde nunca había vivido la demandada (que sólo había estado en 7 u 8 meses cuando tenía 25 años y luego dos años cuando tenía 30, trabajando en un restaurante en Ponferrada) y cuyos padres residen en Suiza desde hace 15 años donde trabajan, enviando dinero a su hija a Alicante para su sostenimiento, sin constar que la demandada trabaje ni haya trabajado desde su traslado a España.

6.- La demandada Dolores interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, y correspondió conocer de él a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, que dictó sentencia el 12 de junio de 2015 por la que estimó parcialmente el recurso y, consecuentemente, dejó sin efecto la no autorización del traslado del menor y otorgó la guarda y custodia a la madre con un régimen de visitas a favor del padre.

7.- Al motivar su decisión la sentencia se plantea dos cuestiones: (i) Si la madre pudo decidir el traslado, sin el consentimiento del otro progenitor, que vio alterado en régimen de visitas que se le había reconocido por resolución judicial; (ii) Si el mismo es o no beneficioso para el menor, hasta el extremo de determinar un cambio de régimen de custodia, como pretende el demandante

8.- En cuanto a la primera cuestión la sentencia parte de un hecho incuestionable, cuál es que en el momento en que la madre y custodia decidió trasladar su residencia a España, junto a su hijo menor, no era aplicable a tal decisión la legislación española sino la suiza, que en aquel tiempo le atribuía a la madre no sólo la custodia del menor sino también la patria potestad exclusiva; por lo que, conforme a la legislación aplicable, el cambio de residencia efectuado por la Señora Dolores fue totalmente legal. Prueba de ello es que nada hicieron las autoridades suizas cuando la madre se desplazó a España con el menor.

Apoya, además, tal conclusión en los artículos 3. 5 del Convenio de la Haya aprobado el 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores, ratificado por España mediante instrumentos de 28 de mayo de 1987.

9.- Por tanto no cabe alterar un hecho anterior, realizado conforme a la legislación vigente del país en el que tenía fijado su domicilio la madre que tenía confiada la custodia del menor. No precisaba autorización judicial en aquel momento para efectuar el traslado. Hasta tal punto es así que el demandante no interesó en su demanda que se dejase sin efecto el referido traslado por su ilicitud, sino que se limitó a solicitar la custodia del menor por ser más beneficioso para éste seguir residiendo en Suiza.

10.- Hecha la anterior consideración, la *ratio decidendi* (razón de decidir) de la sentencia descansa en que, siendo la aplicación de la legislación española, y por tanto la aplicación de la patria potestad compartida, muy posterior al cambio de residencia que efectuó la madre, tal circunstancia puede determinar una modificación de las medidas acordadas en relación con el menor y la atribución a ambos progenitores de la patria potestad compartida, así como la determinación de una posterior custodia.

11.- Enlazando con la legislación aplicable al tiempo de formularse la demanda, según lo ya explicitado, la sentencia se detiene en la doctrina de la sala en la materia que nos ocupa, destacando la prevalencia del interés del menor tanto frente a la guarda y custodia como frente al cambio de domicilio.

12.- Aborda la razón de su decisión en los siguientes términos:

(i) El cambio de residencia de la madre, de Suiza a España, en concreto Alicante, no se considera injustificado «en la medida en que no consta que si no trabaja lo sea por causas imputables a ella; además de que el nivel vida medio de España no es comparable con el de Suiza, resultando mucho mas económico vivir en España; por lo que en todo caso encontrándose también en desempleo en Suiza, resulta lógico que decidiese, en virtud de la pensión de alimentos que debía percibir del Sr. Desiderio y de la ayuda de sus progenitores, asentarse en España con su hijo menor de edad. »

(ii) Atendiendo a las circunstancias concurrentes en relación con el interés superior del menor «en la medida en que el menor siempre se ha desarrollado desde su nacimiento, en el entorno de la madre, habiendo ostentado el Sr. Desiderio tan solo un derecho de visitas limitado en virtud de la edad del menor; por lo que el grado de apego del menor lo es fundamentalmente con su madre, mientras que a su padre apenas lo conoce (los progenitores se separaron cuando el menor apenas tenía tres meses de edad). Lo que unido a que el menor fue trasladado a España, cuando todavía no contaba con tres años de edad, carecía el mismo de arraigo social en Suiza, donde ni tan siquiera había sido escolarizado. Sin embargo en España, se encuentra escolarizado desde su llegada en septiembre de 2012, habiendo desarrollado sus relaciones sociales en esta Ciudad, donde se encuentra su entorno más inmediato. Ni tan siquiera la familia paterna se encuentra en Suiza, donde el Sr. Desiderio vive solo, según declaro en el acto de juicio. Y si bien es cierto que los abuelos maternos, con quienes el menor tenía mas apego, todavía permanecen en Suiza; declaró la apelante que vienen con frecuencia a España donde disponen de vivienda y cuya intención es jubilarse en su país de origen. Por tanto al entender de esta Sala, el cambio de custodia no beneficiaría al menor, sino que determinaría un cambio de residencia a otro país, que alteraría no solo sus costumbres y hábitos ya adquiridos, sino también su ámbito de desarrollo, escolarización, idioma, etc.; pues ya lleva mas de dos años escolarizado en esta localidad. Sin que ello vaya en detrimento del derecho a relacionarse con su otro progenitor, por cuanto que ello queda salvaguardado con un adecuado régimen de visitas, como interesó de forma subsidiaria el progenitor no custodio.

13.- La representación procesal de don Desiderio interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación:

(i) **Recurso extraordinario por infracción procesal .**

Motivos: A) Infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

B) Errores en la valoración de la prueba que conllevará una valoración irracional, ilógica y arbitraria.

(ii) **Recurso de casación.**

Se señalan como motivos de casación:

Infracción de normas aplicables al supuesto objeto del procedimiento.

Según la sentencia recurrida fecha 12 de junio de 2015, dictada en rollo de apelación núm. 243/2015, por esa Sección Sexta de la Sala Civil de la Audiencia Provincial de Alicante , y dicha interpretación no es conforme con la naturaleza ni espíritu del precepto legal, produciéndose la vulneración del art. 12.3 del código civil así como de los artículos 92 y 103 del Código Civil .

1.- Infracción del art. 12.3 del Código Civil que establece: En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público al querer hacer valer el Derecho Suizo, siendo este contrario a nuestro ordenamiento público, en cuanto es contrario al interés del menor.

2.- Infracción y vulneración de los artículos 92 y 103 del Código Civil , en relación con el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, por incorrecta aplicación del principio de protección del interés del menor.

14.- La sala dictó auto el 15 de junio de 2016 no admitiendo el recurso extraordinario por infracción procesal y admitiendo el recurso de casación.

15.- La parte recurrida presentó escrito de oposición al citado recurso de casación, argumentando en síntesis lo siguiente:

(i) En cuanto al primer motivo yerra el recurrente al decir que la Sala ha aplicado el derecho suizo en el caso que nos ocupa, como igualmente yerra al decir que la demandada también pretendía que se aplicara el derecho suizo. En el escrito de contestación a la demanda y concretamente en el Fundamento de Derecho segundo



se interesa la aplicación del derecho español, que no sólo es el legalmente aplicable sino además el que ha aplicado al caso concreto la Audiencia Provincial.

(ii) En cuanto al segundo insiste en el interés superior del menor valorado por la sentencia recurrida, con citas de las SSTs de 20 de octubre de 2014 , 26 de octubre de 2012 y la del Pleno de 31 de enero de 2013 .

16.- El Ministerio Fiscal se opone al recurso de casación atendiendo al criterio del interés superior del menor, con apoyo en la cita de las sentencias de la sala de 26 de octubre de 2012 y 20 de octubre de 2014 .

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Primer Motivo. Decisión de la sala.*

1.- Tiene declarado la sala, al decidir sobre la admisión de los recursos de casación, que debe combatirse en ellos únicamente los argumentos empleados para resolver las cuestiones objeto de debate que constituyan *ratio decidendi* (AA 30 de octubre y 4 de diciembre de 2007). Quedan excluidos los argumentos «*obiter*» , a «mayor abundamiento» o « de refuerzo» (SSTs número 362,/2011, de 7 de junio , y 327/2010, de 22 de junio , entre otras)

La impugnación debe dirigirse contra la fundamentación de la resolución que tenga carácter decisivo o determinante del fallo, es decir, que constituyan *ratio decidendi* (SSTs número 238/2007, de 27 de noviembre ; número 1348/2007, de 12 de diciembre ; número 53/2008 de 25 de enero ; número 58/2008, de 25 de enero ; número 597/2008, de 20 de junio , entre otras)

Así fue recogido en el Acuerdo de la Sala, de fecha 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación extraordinario por infracción procesal.

Al tratar de los motivos del recurso, y en concreto del recurso de casación, se acuerda que «la infracción invocada de norma, jurisprudencia o principio general del Derecho aplicable al caso debe ser relevante para el fallo, atendida la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida».

2.- Si se aplica la anterior doctrina al motivo del recurso la consecuencia debe ser su desestimación por inadmisión.

La sentencia recurrida no aplica el ordenamiento jurídico suizo como *ratio decidendi* de su decisión, sino que se limita a declarar que, siendo aplicable al formularse la demanda la legislación española con patria potestad compartida de los progenitores, lo que cabe es decidir, bajo el interés superior del menor, sobre la guarda y custodia de éste al haber existido un cambio sustancial de circunstancias tras las resoluciones dictadas por los tribunales suizos, reconocidas en España mediante el exequatur.

Tal cambio sustancial consiste en el cambio de residencia de la madre custodia, de Suiza a España, con traslado con ella del menor.

Por tanto no cuestiona, ni tampoco los escritos rectores del procedimiento, que el tribunal español se haya de pronunciar sobre la licitud o no del traslado del menor, remitiendo a la legislación suiza, conforme a nuestra norma de conflicto, y la no aplicación de ésta por ir contra nuestro orden público interno.

En cualquier caso, a modo de *obiter*, se puede traer a colación la STC 16/2016, de 1 de febrero, rec. 2937/2015 , que, en interpretación y aplicación del Convenio de La Haya de 1980, recoge que el artículo 12 permite valorar «la integración del menor en el nuevo medio», a fin de rechazar la devolución, cuando han transcurrido más de un año desde la sustracción del menor hasta el inicio del procedimiento. Tal previsión trata de hacer efectivo el superior interés del menor, argumentando que cualquiera que fuesen las causas y responsables en la demora de la restitución, no puede menoscabar el interés superior del menor impidiendo valorar su situación actual de integración en el nuevo medio.

Consecuencia de lo expuesto es que la sentencia recurrida acude para decidir al litigio al interés superior del menor en relación con el cambio de residencia y territorio del progenitor custodio, con cita de la doctrina de la sala.

TERCERO.- *Segundo Motivo. Decisión de la Sala.*

1.- El motivo denuncia que la sentencia recurrida hace una aplicación incorrecta del principio de protección del interés del menor, consciente de la doctrina de la sala (SSTs de 10 de septiembre de 2015, rec. 797/2014 y 19 de noviembre 2015, rec. 2724/2014) de que en los supuestos de traslado del progenitor custodio a una localidad distinta de aquélla en la que viene residiendo, y a la que le sigue el menor por continuar con la guarda y custodia de él, se ha de tener en cuenta el respeto y protección del interés superior del menor a la hora de decidir sobre su nueva situación.

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. Así, de afectar el cambio de residencia a los intereses del menor, que deben ser preferentemente tutelados, podría conllevar un cambio de la guarda y custodia (STS de 26 de octubre de 2012, rec. 1238/2011).

La sentencia 536/2014, de 20 de octubre , que decide sobre un supuesto de traslado al extranjero, afirma que «es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado, y no la condición de nacional, como factor de protección de ese interés...», para, tras valorar las circunstancias concurrentes, mantener la guarda y custodia de la madre por ser beneficiosa para el interés del menor en cuestión.

2.- Afirma la STS de 15 de octubre de 2014, rec. 2260/2013 , que el recurso de casación no es una tercera instancia que permita una solución jurídica distinta por una simple cuestión de criterio.

3.- La sentencia recurrida recoge como hechos probados: (i) que el menor siempre se ha desarrollado desde su nacimiento en el entorno de la madre, habiendo ostentado el señor Desiderio tan sólo un derecho de visitas; (ii) que el grado de apego del menor lo es fundamentalmente con su madre, mientras que a su padre apenas le conoce, pues los progenitores se separaron cuando apenas tenía tres meses de edad; (iii) el menor cuando se trasladó a España carecía de arraigo en Suiza, pues contaba con apenas tres años de edad y ni siquiera había sido escolarizado, mientras que en España se encuentra escolarizado desde su llegada en septiembre de 2012, habiendo desarrollado relaciones sociales en la ciudad, donde se encuentra su entorno más inmediato; (iv) la familia paterna no se encuentra en Suiza, donde el señor Desiderio vive solo; (v) los abuelos maternos, con quien el menor tenía más apego, permanecen en Suiza, aunque tienen vivienda en España, vienen con frecuencia y, según la hija, regresarán para jubilarse en su país de origen.

De todos esos hechos infiere la sentencia de la Audiencia que el cambio de custodia no beneficiaría al menor, pues cambiar al otro país alteraría sus costumbres y hábitos ya adquiridos, su escolarización e idioma, teniendo en cuenta que lleva más de dos años residiendo en Alicante. Lo anterior no va en detrimento del derecho a relacionarse con el otro progenitor, que queda salvaguardado con un adecuado régimen de visitas, como el recurrente solicita en su demanda de forma subsidiaria.

4.- A la vista de lo expuesto estamos ante la cita de norma infringida meramente instrumental y, subsiguientemente ante un interés casacional artificioso y, por ende, inexistente, incapaz de realizar la función de unificación jurisprudencial propia del recurso, pues la sentencia recurrida, partiendo de los hechos probados, se ha limitado a aplicar la doctrina vigente de esta sala en la materia.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

FALLO

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

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Desiderio contra la sentencia dictada, con fecha 12 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección Sexta, en el rollo de apelación n.º 243/15 dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 1090/14 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Alicante. **2.º** Confirmar la sentencia recurrida declarando su firmeza. **3.º** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz