



Roj: **STS 5099/2014 - ECLI:ES:TS:2014:5099**

Id Cendoj: **28079110012014100648**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2014**

Nº de Recurso: **30/2014**

Nº de Resolución: **748/2014**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Barakaldo, núm. 5, 22-02-2013,**
SAP BI 2364/2013,
ATS 4431/2014,
STS 5099/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Diciembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 348/2013 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio para modificación de medidas definitivas núm. 255/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barakaldo, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Isabel Apalategui Arrese, en nombre y representación del demandado don Jose Francisco, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Antonio de Palma Villalón en calidad de recurrente, la procuradora doña Mercedes Basterreche Arcocha, en nombre y representación de la actora doña María Cristina, en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Teresa Lapresa Villandiego, en nombre y representación de doña María Cristina interpuso demanda de juicio, solicitando modificación de medidas definitivas, contra don Jose Francisco y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado:

«dicte sentencia por la cual estimando la misma se acuerde:

1º.- Autorizar y facultar a mi representada para tomar la decisión de trasladar a la menor Gema de domicilio a la localidad de Castelldefels, así como para acordar su matriculación en el centro escolar "Colegio Frangoal", sito en Castelldefels, c/ Gral. Castaños s/n.

2º.- La modificación de la medida definitiva relativa al régimen de visitas comunicación y estancia con el padre acordada en convenio regulador de fecha 28 de enero de 2009 aprobadas por sentencia de fecha 25 de marzo de 2009 recaída en los autos de Divorcio de Mutuo Acuerdo nº 87/09-C seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Barakaldo, en el sentido siguiente:

En caso de desacuerdo entre ambos progenitores el régimen de visitas comunicación y estancia con el padre con respecto de la menor será:

a) La comunicación telefónica, electrónica y epistolar será tan amplia como la misma fuere necesaria, siempre dentro de los criterios de la buena fe.

- b) Los fines de semana alternos desde el viernes por la tarde tras la salida del colegio hasta el domingo por la tarde.
- c) Caso de que en los fines de semana correspondientes al padre, el mismo viernes fuese fiesta desde el jueves tras la salida del Colegio; igualmente, si el lunes inmediatamente posterior al fin de semana fuese fiesta, el padre reintegrar a aquella a la custodia de la madre ese día por la tarde.
- d) Cuando concurra un puente escolar de la menor, es decir, cuando un jueves o martes sea festivo, el mismo será disfrutado por el padre aun cuando dicho fin de semana no le corresponda la compañía de la hija.
- e) Las vacaciones escolares de la menor de Navidad serán compartidas por ambos progenitores por mitades iguales, correspondiendo a la madre la primera mitad los años pares y la segunda, los años impares; en consecuencia, corresponderá al padre la primera mitad los años impares y la segunda los años pares. El primer período de las vacaciones de Navidad comprenderá desde el día inmediatamente siguiente al último de clase hasta el día 30 de diciembre por la tarde y, el segundo período, comprenderá desde el 30 de diciembre por la tarde hasta el día inmediatamente anterior al comienzo de las clases.
- f) Las vacaciones escolares de la menor de Semana Santa serán disfrutadas en su integridad por el padre.
- g) En el período de vacaciones estivales de la menor, cada progenitor tendrá en su compañía a la misma durante un mes, que se disfrutarán por quincenas alternas, correspondiendo a la madre la primera quincena de los meses de julio y agosto en los años pares y, la segunda quincena de dichos meses, en los años impares; en consecuencia, corresponderá al padre la segunda quincena de los meses de julio y agosto en los años pares y, la primera quincena de dichos meses, en los años impares.
- h) Los períodos comprendidos entre el día siguiente al último de clase hasta el 30 de junio y el período comprendido entre el 1 de septiembre hasta el día inmediatamente anterior al comienzo de las clases serán disfrutados por el padre en su integridad.
- i) La recogida y/o entrega de la menor para el cumplimiento del derecho de visita que se establece se efectuará en el aeropuerto de Bilbao por lo que a tal fin se procurará que los fines de semana que corresponda la menor viaje en el primer avión tras la salida del Colegio y tras el fin de semana o puente regrese en el último vuelo a Barcelona. En el caso de las vacaciones en compañía del padre la menor viajará a Bilbao en la mañana del día del inicio de las vacaciones y regresará por la tarde del último día del período que corresponda al padre.
- j) Hasta en tanto en cuanto la menor tenga la edad adecuada para viajar sola o a cargo del personal de la aerolínea, aquella lo hará en compañía de la madre o la persona de su confianza que ésta designe para el caso de enfermedad o imposibilidad física.
- k) Si el padre se trasladara a Barcelona o al lugar que constituya el domicilio de la hija, podrá visitar a la misma dos horas tras la salida de clase, respetando en todo caso las actividades extraescolares que aquella pudiera tener. En este caso, la recogida y entrega de la niña se realizará en el domicilio de la madre.
- l) Durante el disfrute de los períodos vacacionales de la menor en compañía de la madre quedará en suspenso el derecho de visita fijado en favor del padre en los apartados b), c) y d).
- m) El coste de los billetes de desplazamientos de la menor serán sufragados por ambos progenitores por mitades.

Todo ello por ser justicia que pido».

2.- El Fiscal, contestó a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«desestimando la demanda y absolviendo en su caso a la parte demandada, en tanto no se prueben los hechos alegados».

3.- La procuradora doña Isabel Apalategui Arrese, en nombre y representación de don Jose Francisco , contestó y se opuso a la demanda exponiendo los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«con carácter principal se desestime la demanda deducida absolviendo a mi representado de todo pedimento e imponiendo las costas a la parte actora; y en su caso, por ser cuestión de orden público, como MEDIDAS DEFINITIVAS ALTERNATIVAS a las propuestas y desestimadas, se ACUERDEN:

MEDIDAS DEFINITIVAS:

1º.- Atribuir la guarda y custodia de la menor Gema a D. Jose Francisco , sin perjuicio del ejercicio compartido por ambos progenitores de la patria potestad sobre la menor.

2º.- Fijar el siguiente régimen de estancia y comunicación de la menor con la madre, Dña. María Cristina en la forma siguiente:

A).- RESIDENCIA DE LA MADRE EN BARAKALDO.-

A.1.- Dos tardes entre semana, una de ellas con pernocta. La primera desde la salida del centro escolar o desde las 16 30 horas si fuere no lectivo (para la menor) hasta las 20 horas; la segunda desde la misma hora hasta el día siguiente a la hora en que la menor acuda al Colegio o hasta las 9 horas si fuera no lectivo. La madre se encargará de las actividades extraescolares de la menor.

A.2.- Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar o desde las 16 30 horas si fuere no lectivo (para la menor) hasta el Domingo a las 20 horas.

Los puentes que existen durante el año se unirán al fin de semana al que más próximo esté la festividad del jueves o lunes y la menor será recogida el día lectivo a las 20 horas hasta el último día festivo a las 20 horas. El puente del mes de diciembre será repartido entre los progenitores a partes iguales.

A.3.- La mitad de todas las vacaciones escolares de la menor, Navidad, Semana Santa y verano. Se incluirán todos los días no lectivos de los meses de junio y septiembre.

Navidad: El primer periodo comprenderá desde el mismo día en que terminan las clases a la salida del centro escolar hasta el día 30 de diciembre a las 20 horas y el segundo periodo desde el día 30 de diciembre a las 20 horas hasta el día anterior al inicio de las clases a la misma hora.

Semana Santa: El primer periodo comprenderá desde el mismo día en que terminan las clases a la salida del centro escolar hasta el domingo de gloria a las a las 20 horas y el segundo periodo desde el domingo a las 20 horas hasta el día anterior al inicio de las clases a la misma hora.

Verano: El verano por su extensión, se divide en CUATRO PERIODOS que se alternarán entre los progenitores.

El primer periodo comprenderá desde el mismo día en que terminan las clases a la salida del centro escolar hasta el día 15 de julio a las a las 20 horas.

El segundo periodo del 15 de julio las 20 horas hasta el día 31 de julio a la misma hora.

El tercer periodo del 31 de julio a las 20 horas hasta el 15 de agosto a la misma hora.

El cuarto periodo desde el 15 de agosto hasta el día anterior al inicio del curso escolar a las 20 horas.

En los años pares los primeros periodos de cada vacación escolar corresponderán disfrutarlos a la madre y el segundo en los impares; mientras que en los años impares le corresponderá al padre los primeros periodos y el segundo en los años pares.

A.4.- La recogida y entrega de la menor para el cumplimiento del derecho de visita que se establece se efectuará en el domicilio de la menor, que será el del padre.

A.5.- La comunicación telefónica o por correo electrónico o correo ordinaria entre la madre y la hija será tan amplia como lo deseen, respetando los horarios normales de estudio y descanso de la menor.

B).- RESIDENCIA DE LA MADRE EN CASTELLDEFELS:

En caso de que la madre decida trasladarse a residir en la localidad de Castelldefels:

B.1.- Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar o desde las 16:30 horas si fuere no lectivo hasta el Domingo a las 21 horas.

Todos los puentes ordinarios y extraordinarios del año aunque no le corresponda el fin de semana a la madre, debiendo alterar el orden de alternancia.

B.2.- Vacaciones escolares de la menor, Navidad, Semana Santa y Verano. Se incluirán todos los días no lectivos de los meses de junio y septiembre.

Navidad: El primer periodo comprenderá desde el mismo día en que terminan las clases a la salida del centro escolar hasta el día 30 de diciembre a las 21 horas y el segundo periodo desde el día 30 de diciembre a las 21 horas hasta el día anterior al inicio de las clases a la misma hora.

Semana Santa: El periodo se disfrutará íntegramente por la madre no custodia. Comprenderá desde el mismo día en que terminan las clases a la salida del centro escolar hasta el día anterior al inicio de las clases a las 21 horas.

Verano: El verano por su extensión, se divide en CUATRO PERIODOS que se alternarán entre los progenitores.

El primer periodo comprenderá desde el mismo día en que terminan las clases a la salida del centro escolar hasta el día 15 de julio a las 21 horas.

El segundo periodo desde el 15 de julio las 21 horas hasta el día 31 de julio a la misma hora.

El tercer periodo desde el 31 de julio a las 21 horas hasta el 15 de agosto a la misma hora.

El cuarto periodo desde el 15 de agosto hasta el día anterior al inicio del curso escolar a las 21 horas.

En los años pares los primeros periodos de cada vacación escolar corresponderán disfrutarlos a la madre y el segundo en los impares; mientras que en los años impares le corresponderá al padre los primeros periodos y el segundo en los años pares.

B.3.- La recogida y entrega de la menor para el cumplimiento del derecho de visita que se establece a favor de la madre se efectuará en el aeropuerto de Bilbao, o en su defecto, en el domicilio de la menor en Baracaldo.

B.4.- La comunicación telefónica o por correo electrónico o correo ordinaria entre la madre y la hija será tan amplia como lo deseen, respetando los horarios normales de estudio y descanso de la menor.

B.5.- El coste del desplazamiento de la menor en avión será sufragado por la madre íntegramente.

3.- Fijar el domicilio de la menor en Baracaldo, en el domicilio paterno CALLE000 n° NUM000 - NUM001 .

4.- Fijar como pensión de alimentos a cargo de la madre la cantidad de 300 ? mensuales, que será ingresada en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el padre. Cantidad que será actualizada anualmente conforme a los usos forenses habituales.

5.- Los gastos extraordinarios de la menor, tanto los de carácter médico, es decir, farmacéuticos, odontológicos, ópticos, ortopédicos, etc., como los de tipo educativo y/o formativo, entendiéndose por todos ellos los que no sean cubiertos por el sistema nacional de salud o el sistema público educativo, serán sufragados por mitades e iguales partes siempre que hayan sido adoptados de mutuo acuerdo, tanto en cuanto a la naturaleza como a la cuantía del gasto. En caso contrario se solicitará la oportuna autorización judicial.

6.- Se establece como medio de comunicación entre las partes para las cuestiones que afectan al ejercicio conjunto de la patria potestad el burofax, el correo electrónico o cualquier otro medio del que quede constancia de su recepción por el otro y el otro progenitor deberá contestar por alguno de tales medios manifestando su conformidad u oposición y si no contesta en el plazo de diez días se entenderá que acepta la propuesta de decisión comunicada.

Todo ello con la expresa imposición de costas actora».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Barakaldo, dictó sentencia con fecha 22 de febrero de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**

Desestimo la demanda interpuesta por la representación de María Cristina contra Jose Francisco , acuerdo el mantenimiento de las medidas establecidas por sentencia de divorcio de 25 de marzo de 2009, con la prevención contenida en el fundamento de derecho 2º para el caso de que la demandante optase por cambiar su lugar de residencia, y con imposición de costas a la demandante.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA María Cristina , representada por la Procuradora Dña. Teresa Lapresa Villandiego, contra la sentencia dictada 22 de febrero de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de los de Barakaldo , en autos de Modificación de Medidas Definitivas nº 255/12, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en el sentido de que estimando la demanda interpuesta por Dña. María Cristina contra D. Jose Francisco , debemos acordar y acordamos:

1º.- Autorizar a Dña. María Cristina a trasladar el domicilio de la menor Gema de la localidad de Barakaldo (Bizkaia) a la de Castelldefels (Barcelona), así como acordar su matriculación en el centro escolar "Colegio Frangoal" sito en Castelldefels, c/ General Castaños s/n.

2º.- La modificación de la medida definitiva relativa al régimen de visitas, comunicación y estancia con el padre acordado en convenio regulador de fecha 28 de enero de 2009 aprobado por sentencia de 25 de marzo de 2009. En caso de desacuerdo, el progenitor no custodio tendrá un derecho de comunicación, visitas y estancias con su hija, consistente en:



- Si D. Jose Francisco se traslada a Barcelona o al lugar que constituye el domicilio de la hija Gema , previo aviso a Dña. María Cristina , podrá visitar y estar con su hija desde la salida del colegio hasta las 20 horas, en cuyo caso la recogida y entrega de la niña se realizará en el domicilio de la madre.

-El padre D. Jose Francisco podrá estar con su hija Gema los fines de semana alternos desde el viernes por las tardes tras la salida del colegio hasta el domingo por la tarde. En caso de que en los fines de semana correspondientes al padre, el mismo viernes fuese fiesta desde el jueves tras la salida del colegio; igualmente, si el lunes inmediatamente posterior al fin de semana fuese fiestas, el padre la reintegrará a la custodia de la madre ese día por la tarde. Cuando concorra un puente escolar de la menor, es decir, cuando un jueves o martes sea festivo, el mismo será disfrutado por el padre aun cuando dicho fin de semana no le corresponda la compañía de la hija.

- Las vacaciones de Navidad, la estancia del menor con sus progenitores serán por mitad e iguales partes, eligiendo el padre en los años impares y la madre en los pares.

- La totalidad de las vacaciones de Semana Santa las pasará el menor con su padre.

- Durante las vacaciones de verano la menor estará con el padre el 75% de los días de disfrute veraniego y la madre permanecerá con su hija el restante 25%, correspondiente al padre la elección del período en los años impares y la madre en los pares.

- Las entregas y recogidas del menor se hará en el aeropuerto de Bilbao, procurando que los fines de semana que se traslade desde el aeropuerto del Prat al aeropuerto de Loiu la menor viaje en el primer avión tras la salida del colegio y tras el fin de semana o puente regrese en el último vuelo a Barcelona. En período vacacional que viaje la menor a Bilbao en la mañana del día del inicio de las vacaciones y regrese por la tarde el último día del período que corresponda al padre.

- El coste de los desplazamientos de la menor será sufragado por la progenitora custodia.

Todo ello sin hacer pronunciamiento alguno en materia de costas procesales de la primera y de esta segunda instancia.

Y en fecha 5 de noviembre de 2013, se dictó auto de aclaración de sentencia cuya parte dispositiva acuerda:

Que estimando el recurso de aclaración interesado por DON Jose Francisco , representado por la Procuradora Dña. Isabel Apalategui Arrese, contra la sentencia dictada por esta Sección en fecha 27 de septiembre de 2013 , debemos aclarar la misma en el único sentido de que "las vacaciones comienzan en el día inmediatamente siguiente al último lectivo y finalizan el día inmediatamente anterior al primer día de clase".

TERCERO .- 1.- Por D. Jose Francisco se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC , al considerar vulnerados los arts. 2 , 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , art. 39 de la CE , la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio) y los arts. 68 , 70 , 92, 04 , 103 , 154 , 156 , 158 y 159 del Código Civil , que consagran el principio de interés del menor, como principio de orden público, garantista de los derechos del menor y prioritario en su aplicación en cualquier procedimiento y respecto de cualquier medida a adoptar en relación con un menor. Se considera infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Primera: STS 12-2-1992 (Roj 12601/1992); 17-9-1996 (Roj 4858/1996); 23-5-2005 (Roj 3272/2005); 31-7-2009 (Roj 5817/2009); 28-9-2009 (Roj 5707/2009); 11 y 21- 2-2011 (Roj 605/2011); 13-6-2011 (Roj 4911/2011); 25-5-2012 (Roj 3793/2012); 26-10-2012 (Roj 6811/2012); 19-7-2013 (Roj 4082/2013); porque sientan doctrina jurisprudencial en materia del concepto jurídico interés superior del menor, piedra angular en la construcción del derecho de familia moderno, que ha resultado infringido en la aplicación de las normas sustantivas empleadas por la resolución.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC , al considerar vulnerados los arts. 2 , 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , arts. 1.1 , 9.2, 10, 15 y 27.2 y 5, art. 39 de la CE ; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3 - 0172/92 de 8 de julio) y los arts. 92 y 154 del Código Civil , que consagran el principio del interés del menor, como principio de orden público, garantista de los derechos del menor y prioritario en su aplicación en cualquier procedimiento y respecto de cualquier medida a adoptar en relación con un menor, en relación con la modificación del modelo de educación de la menor desde un modelo basado en el idioma castellano como lengua curricular a un modelo de inmersión lingüística como es el sistema educativo catalán, en el que el idioma vehicular de la enseñanza es la lengua catalana. Se invoca como infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las STS 12-2-1992 (Roj



12601/1992); 17-9-1996 (Roj 4858/1996); STS 23-5-2005 (Roj 3272/2005); 31-7-2009 (Roj 5817/2009); 28-9-09 (Roj 5707/2009); 11 y 21- 2-2011 (Roj 605/2011); 13-6-2011 (Roj 4911/2011); 25-5-2012 (Roj 3793/2012); 26-10-2012 (Roj 6811/2012); 19-7-2013 (Roj 4082/2013); en cuanto que interpretan y sientan doctrina sobre contenido del ejercicio conjunto de la patria potestad.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de mayo de 2014 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Mercedes Basterreche Arcocha, en nombre y representación de doña María Cristina, presentó escrito de oposición al mismo, mientras que el Ministerio Fiscal apoya parcialmente el recurso de casación adhiriéndose parcialmente al mismo en base a los hechos expuestos.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de diciembre del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Consta de forma incontrovertida que, demandante y demandado contrajeron matrimonio el 16 de agosto de 2003, del que nació la hija común llamada Ane, el 16 de agosto de 2005.

Se dictó sentencia de divorcio en procedimiento diferente del actual el 25 de marzo de 2009, con convenio regulador en el que se le atribuyó la custodia a la madre.

La Sra. María Cristina contrajo nuevo matrimonio el 9 de abril de 2011, del que nació un hijo en marzo de 2012.

En el presente procedimiento se insta por la madre la modificación de medidas a fin de poder trasladarse con la menor a Castelldefels, lugar en el que trabaja su nuevo esposo.

El Juzgado de Primera Instancia denegó la petición, atribuyendo la custodia al padre para el caso en que la madre trasladara definitivamente su residencia.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación autorizó el traslado, incrementando las estancias con el padre durante los períodos vacacionales e imputando los costes de los desplazamientos a la progenitora custodia.

El Ministerio Fiscal en el presente recurso solicitó la estimación del mismo.

SEGUNDO .- Motivo primero.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC, al considerar vulnerados los arts. 2, 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, art. 39 de la CE, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/92 de 8 de julio) y los arts. 68, 70, 92, 04, 103, 154, 156, 158 y 159 del Código Civil, que consagran el principio de interés del menor, como principio de orden público, garantista de los derechos del menor y prioritario en su aplicación en cualquier procedimiento y respecto de cualquier medida a adoptar en relación con un menor. Se considera infringida la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala Primera: STS 12-2-1992 (Roj 12601/1992); 17-9-1996 (Roj 4858/1996); 23-5-2005 (Roj 3272/2005); 31-7-2009 (Roj 5817/2009); 28-9-2009 (Roj 5707/2009); 11 y 21- 2-2011 (Roj 605/2011); 13-6-2011 (Roj 4911/2011); 25-5-2012 (Roj 3793/2012); 26-10-2012 (Roj 6811/2012); 19-7-2013 (Roj 4082/2013); porque sientan doctrina jurisprudencial en materia del concepto jurídico interés superior del menor, piedra angular en la construcción del derecho de familia moderno, que ha resultado infringido en la aplicación de las normas sustantivas empleadas por la resolución.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC, al considerar vulnerados los arts. 2, 3 y 11 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, arts. 1.1, 9.2, 10, 15 y 27.2 y 5, art. 39 de la CE; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3 - 0172/92 de 8 de julio) y los arts. 92 y 154 del Código Civil, que consagran el principio del interés del menor, como principio de orden público, garantista de los derechos del menor y prioritario en su aplicación en cualquier procedimiento y respecto de cualquier medida a adoptar en relación con un menor, en relación con la modificación del modelo de educación de la menor desde un modelo basado en el idioma castellano como lengua curricular a un modelo de inmersión lingüística como es el sistema educativo catalán, en el que el idioma vehicular de la enseñanza es la lengua catalana. Se invoca como infringida

la doctrina jurisprudencial contenida en las STS 12-2-1992 (Roj 12601/1992); 17-9-1996 (Roj 4858/1996); STS 23-5-2005 (Roj 3272/2005); 31-7-2009 (Roj 5817/2009); 28-9-09 (Roj 5707/2009); 11 y 21- 2-2011 (Roj 605/2011); 13-6-2011 (Roj 4911/2011); 25-5-2012 (Roj 3793/2012); 26-10-2012 (Roj 6811/2012); 19-7-2013 (Roj 4082/2013); en cuanto que interpretan y sientan doctrina sobre contenido del ejercicio conjunto de la patria potestad.

Se desestiman los dos motivos, que se analizan conjuntamente .

Alega el recurrente que en la sentencia recurrida no se tiene en cuenta el interés del menor, que ha de ser prioritario e ignora el contenido de los informes sicosociales. Que el interés de los progenitores debe ceder ante el del menor. Que al trasladar a la menor a Cataluña se le somete a inmersión en una lengua diferente, anulando la figura paterna.

El Fiscal alegó, en este recurso, que en la sentencia recurrida se valora más el interés de la madre que el de la menor y solicita la atribución de la custodia al padre.

TERCERO .- Esta Sala en orden a la valoración del interés del menor en casos de traslado del progenitor custodio ha declarado que:

Dice la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2012 lo siguiente: " Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil , para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil , respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia. Estamos, sin duda, ante una de las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida del menor y de la propia familia, que deberá tener sustento en el acuerdo de los progenitores o en la decisión de uno de ellos consentida expresa o tácitamente por el otro, y solo en defecto de este acuerdo corresponde al juez resolver lo que proceda previa identificación de los bienes y derechos en conflicto a fin de poder calibrar de una forma ponderada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada, sin condicionarla al propio conflicto que motiva la ruptura.

Es cierto que la Constitución Española, en su artículo 19 , determina el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia, y a salir de España en los términos que la ley establezca. Pero el problema no es este. El problema se suscita sobre la procedencia o improcedencia de pasar la menor a residir en otro lugar, lo que puede comportar un cambio radical tanto de su entorno social como parental, con problemas de adaptación. De afectar el cambio de residencia a los intereses de la menor, que deben de ser preferentemente tutelados, podría conllevar, un cambio de la guarda y custodia".

Establece la STS, del 20 de octubre de 2014 , sentencia: 536/2014, recurso: 2680/2013 :

El cambio de residencia afecta a muchas cosas que tienen que ver no solo con el traslado al extranjero, con idioma diferente, como es el caso, sino con los hábitos, escolarización, costumbres, posiblemente de más fácil asimilación cuando se trata de un niño de corta edad, e incluso con los gastos de desplazamiento que conlleva el traslado cuando se produce a un país alejado del entorno del niño por cuanto puede impedir o dificultar los desplazamientos tanto de este como del cónyuge no custodio para complementar los contactos con el niño. Es el interés del menor el que prima en estos casos, de un menor perfectamente individualizado...

CUARTO .- En la sentencia recurrida se ha respetado la doctrina jurisprudencial a la hora de autorizar el traslado, pues se ha tenido en cuenta el interés de la menor al referir expresamente que es beneficioso para ella el contacto con su nuevo hermano.

No puede olvidarse que:

1. La custodia estaba atribuida de común acuerdo a la madre.
2. El cambio de residencia de la madre no es determinante, ni a favor ni en contra, pues lo esencial es si ello redunda en beneficio de la menor.

3. Los informes sicosociales no consideran perjudicial el traslado, si bien apuntan por una postura conservadora, en tanto muestran su recelo a los cambios, sin causa que lo justifique.
4. Con la edad de la menor los cambios son fácilmente asumibles para la hija, incluido el cambio de lengua vehicular para la enseñanza que pasa del castellano y euskera al catalán y castellano.
5. El poder mantener el contacto diario con su nuevo hermano redunda en beneficio de la menor.
6. La atribución, en este caso, de la totalidad del coste del traslado a la madre (extremo no impugnado), potencia el contacto del padre con la menor, lo que redunda en beneficio de ésta.
7. Se ha fijado un régimen de visitas como consta en los antecedentes de hecho de esta sentencia que lejos de anular la figura paterna, le reconoce un papel relevante durante los fines de semana alternos y los períodos vacacionales, permitiendo visitas no programadas (sin perjuicio del previo aviso).

Ha establecido el Tribunal Constitucional:

En relación con el principio de proporcionalidad, y las medidas restrictivas de derechos que se ha de concretar, en las tres siguientes condiciones: "si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)" (STC 199/2013, de 5 de diciembre , FJ 7). STC, Constitucional sección 1 del 13 de febrero de 2014, sentencia: 23/2014, recurso: 3488/2006 .

De la referida doctrina se deduce que en la sentencia recurrida se respeta el principio de proporcionalidad en tanto que se adopta la medida que más se adapta a la protección del interés de la menor, equilibrando, en la medida de lo posible, el contacto con ambos progenitores, dado que nunca podrá ser igual que antes de la crisis conyugal.

Por tanto, no se aprecia infracción del interés casacional ni de ninguno de los preceptos invocados, relativos a la protección superior del interés de la menor.

QUINTO .- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Jose Francisco representado por el Procurador D. Antonio de Palma Villalón contra sentencia de 27 de septiembre de 2013 de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya .
2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.
3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jose Luis Calvo Cabello. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.