

**Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 26 Oct. 2012, rec.
1238/2011**

Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.

Nº de Sentencia: 642/2012

Nº de RECURSO: 1238/2011

Jurisdicción: CIVIL

La fijación del domicilio de los hijos no puede dejarse a la voluntad de la madre custodia.

MEDIDAS PATERNO-FILIALES. Demanda formulada por el padre solicitando la atribución de la guarda y custodia de la hija para el caso de que la madre resida en el extranjero. Dentro de las funciones de la patria potestad está la de fijar el domicilio de los hijos. Si no hay acuerdo al respecto entre los padres debe acudir a la autoridad judicial. En el caso, la solución adoptada por la Audiencia dejó a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y dejó, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento al extranjero. Devolución de los autos a la Audiencia para que dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda deducida por el padre y acordó mantener como definitivas las medidas acordadas en el procedimiento de medidas provisionales, en el que se fijó que si la madre residía en Valladolid se le atribuía la guarda y custodia de la hija, pero si residía en Nueva York se atribuía la guarda y custodia al padre. La AP Valladolid revocó en parte la sentencia del Juzgado y determinó que la guarda y custodia de la menor se atribuía a la madre, siendo ésta la que estaba facultada para decidir en todo caso el lugar de residencia de la hija. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación formulado por el padre, casa y anula la sentencia recurrida y repone las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que

la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte.

Texto

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Octubre de dos mil doce.

SENTENCIA

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, como consecuencia de autos de juicio verbal de guarda, custodia y alimentación, nº 814/08 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valladolid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal don Cirilo , la procuradora doña Susana Gómez Castaño. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvín, en nombre y representación de doña Patricia de los Rios Olcese. Es interviniente el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Javier Stampa Santiago, en nombre y representación de don Cirilo , interpuso demanda sobre medidas provisionales y definitivas de guarda y custodia de alimentos, contra doña Magdalena y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia acordando las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS:

1. EJERCICIO COMPARTIDO DE LA PATRIA POTESTAD sobre la menor, de forma que ambos progenitores:

a) Tomarán de común acuerdo todas las decisiones relativas al ámbito escolar, sanitario, actividades extraescolares, formativas y de ocio, celebraciones religiosas y lugar de residencia de la menor, y en su defecto serán sometidas a decisión judicial.

b) Recibirán del otro progenitor información puntual acerca de todas las cuestiones importantes de la menor y concretamente las relativas a su educación, estado de salud, lugar en que se encuentre durante los periodos vacacionales, y demás de la misma índole.

c) Podrán obtener toda la información académica (boletines de evaluación, reuniones con tutores de orientación del control escolar, etc) y médico de su hija, y a que se les facilite todas las informaciones que soliciten.

2. GUARDA Y CUSTODIA DE Claudia

En el supuesto de que doña Magdalena mantenga su residencia fuera de Valladolid, se atribuirá al padre la custodia de Claudia .

Si ambos progenitores residieran en la misma ciudad, se acordará el régimen de GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA de la menor por semanas, realizándose los cambios el viernes a la salida del colegio. Si el jueves anterior al viernes en que debiera realizarse el cambio coincidiera con un día festivo o comienzo de puente, la recogida de la menor tendrá lugar el jueves.

3. COMUNICACION DE AMBOS PROGENITORES CON SU HIJA Claudia

El progenitor que no se encuentre con la menor podrá comunicarse con ella a diario, por vía telefónica y/o e-mail.

4. RÉGIMEN DE VISITAS Y ESTANCIAS.

Fines de semana

En el supuesto de ejercicio de la guarda y custodia por el padre, la madre tendrá derecho a disfrutar de su hija un fin de semana completo al mes.

La recogida se efectuará el viernes a la salida del colegio (en la parada del autobús) y la entrega el domingo a las 21:00 horas en el domicilio del progenitor custodio. La madre elegirá el fin de semana del mes que quiere y lo comunicará con al menos 4 semanas de antelación al progenitor custodio.

Si el fin de semana elegido por la madre coincide con un día de puente (anterior o posterior al fin de semana), o con día/s en los que la menor no tenga actividad escolar, la estancia de ésta se ampliará en dichos días. A tal fin el progenitor custodio deberá comunicar al no custodio con 3 meses de antelación, los puentes y fiestas de la menor. En este caso, la entrega u devolución de la menor se producirá en el mismo horario pero e los días de inicio y finalización del puente o día sin actividad escolar de la menor.

La madre podrá disfrutar de la compañía de su hija Claudia las tardes que desee de la semana lectiva anterior o posterior al fin de semana elegido mensualmente para disfrutar de su hija. Si así fuera deberá comunicarlo al progenitor custodio, indicándole el número de tardes del que disfrutará, cuando le comunique la fecha del fin de semana elegido. La recogida de la menor será a la salida del colegio y la entrega al progenitor custodio a las 21:00 horas en el domicilio de éste.

Períodos vacacionales

En cualquiera de los dos supuestos planteados, custodia exclusiva a favor del padre, o guarda y custodia compartida, el reparto de los períodos vacacionales escolares de Claudia se realizará de la siguiente forma:

Verano:

Claudia permanecerá con cada progenitor un mes y quince días consecutivos (de 15-junio a 31-julio o de 1-agosto a 15- septiembre). La elección la efectuará el padre en los años impares, y la madre en los pares. La elección de los periodos vacacionales se pondrá de manifiesto al otro progenitor en el mes de mayo, bastando la notificación por e-mail con reporte de lectura del progenitor que le toque elegir -según el año par o impar mencionado-. Puesto que el cumpleaños de Claudia es el NUM000 , el progenitor que no le toque estar con Claudia en esa fecha podrá visitarla ese día, allá donde esté y estar con ella, o bien la mañana completa o bien la tarde completa, a elección del progenitor que efectuó la visita.

Navidad:

Se dividirá en dos bloques o mitades, desde el 23 de diciembre a las 21 horas hasta el día 30 de diciembre a las 21 horas; y desde el día 30 a las 21:00 horas hasta las 22:30 horas del día 6 de Enero. La menor permanecerá en compañía de su padre durante la primera mitad los años impares, y la segunda con la madre.

Semana Santa y Semana Blanca

Los periodos vacacionales escolares de Semana Santa y Semana Blanca o Carnaval se repartirán por mitad entre ambos progenitores eligiendo en defecto de acuerdo el padre los años impares y la madre los pares.

Días del Padre y de la Madre y cumpleaños

Tanto en el caso de custodia compartida como en el supuesto de custodia única, Claudia podrá estar con su padre el día del padre y con su madre el día de la madre aunque coincidiera con días que correspondieran al otro progenitor. De igual forma se hará el día de los cumpleaños de cada uno de los progenitores.

La recogida y entrega de Claudia por parte del progenitor que vaya a disfrutar de su compañía en cualquiera de los periodos de visitas y o estancias indicados tendrá lugar en el domicilio del otro progenitor.

5. PENSIÓN DE ALIMENTOS A FAVOR DE Claudia

En el supuesto de atribución de la guarda y custodia al padre, la madre deberá abonar en concepto de pensión alimenticia a favor de su hija Claudia la suma de 500 euros mensuales, dentro de los cinco primeros días de cada mes mediante ingreso en la cuenta corriente designada al efecto por el padre, y será objeto de actualización anual conforme a la variación experimentada por el IPC en los doce meses anteriores.

En el supuesto de guarda y custodia compartida, cada progenitor soportará los gastos de manutención de Claudia, entendiéndose por tales su habitación y alimentación, durante los periodos que la niña conviva con aquel.

Los gastos de matrícula y mensualidades del Colegio Internacional, seguro médico privado de Claudia concertado con Adeslas y vestido de Claudia se sufragarán mediante domiciliación bancaria en una cuenta corriente que a tal efecto abrirán ambos progenitores, titulada por ambos y en la que los dos figurarán como autorizados, en la que ingresarán mensualmente la suma de 430 euros el padre y 370 euros la madre. Los gastos de vestido de la niña serán satisfechos mediante pago con tarjeta de crédito asociada a dicha cuenta común, de la que dispondrán ambos progenitores con un límite total de 1440 euros anuales 720 euros cada uno.

Tanto en el caso de atribución de la custodia compartida, los gastos extraordinarios de Claudia entendiéndose por tales los médicos o quirúrgicos no cubiertos por la Seguridad Social, y los educacionales que excedan de la escolarización obligatoria, como actividades extraescolares, clases de apoyo, cursos de idiomas, excursiones, campamentos de verano, y demás de la misma índole, serán satisfechos por ambos progenitores por mitad siempre que conste expresamente el previo acuerdo de ambos al respecto. La consulta al progenitor no custodio recabando su consentimiento con respecto del gasto, deberá realizarse por cualquier medio que deje constancia fehaciente, y se entenderá tácitamente prestado por el progenitor no custodio si en los quince días siguientes a la recepción de la comunicación no hubiera dado respuesta al mismo.

6. COMUNICACIONES ENTRE LOS PROGENITORES

Todas las cuestiones relativas a Claudia que requieran acuerdo expreso de ambos progenitores, tanto las relativas al ejercicio de la patria potestad como al desarrollo y/o modificación del régimen de visitas deberán realizarse por cualquier medio que deje constancia fehaciente (E-mail, telegrama o burofax), y se entenderá tácitamente prestado por el progenitor requerido si no hubiera dado respuesta al mismo en los quince días siguientes a la recepción de la comunicación. Todo ello con imposición de las costas a la parte demandada.

2.-La procuradora doña María José Velloso Mata, en nombre y representación de doña Magdalena, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de

aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda, autorizando que Claudia resida en Nueva York con su madre Magdalena , atribuyendo a ésta la guarda y custodia de la niña, fijando como régimen de visitas el establecido en el fundamento de derecho cuarto de este escrito y ordenando a don Cirilo que entregue mensualmente a doña Magdalena una pensión de alimentos de 750 euros para Claudia , pensión que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo, y condenando al demandado al pago de las costas, con expresa declaración de su temeridad .

3.-Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número dos de Valladolid, dictó sentencia con fecha 20 de abril de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando parcialmente la demanda deducida por la representación procesal de don Cirilo contra doña Magdalena , acuerdo: mantener como definitivas, la medidas acordadas en el procedimiento de medidas Provisionales nº 615/2009, mediante auto dictado en la misma fecha que la presente resolución sin hacer expresa imposición de costas .*

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Cirilo , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 28 de febrero de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D Magdalena contra la sentencia dictada con fecha 20 de abril de 2.010 en el procedimiento de Juicio Verbal sobre Atribución de Guarda y Custodia y Fijación de Alimentos que se ha seguido con el número 814/2.009 ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valladolid, y desestimando a su vez el interpuesto contra la referida resolución por D. Cirilo , debemos revocar y revocamos la misma en relación con los pronunciamientos siguientes:*

a) la guarda y custodia de la menor Claudia se atribuye a su madre, doña Magdalena , siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija.

b) El régimen de visitas de D. Cirilo con su hija para el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York será el que ambos progenitores pactaron y se fijó en la resolución recurrida y que en los fundamentos de derecho de esta resolución se especifica. Asimismo y mientras Claudia permanezca en Valladolid, podrá disfrutar de la compañía de su padre en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta la mañana del lunes en que será reintegrada al centro escolar por su padre, así como todos los miércoles desde la salida del colegio en que será recogida por su padre y reintegrada al centro el jueves por mañana al inicio de las clases, e igualmente y en todo caso la mitad de vacaciones escolares, incluyendo ahora las de Semana Santa, eligiendo el

periodo el padre los años pares y la madre los impares Igualmente se mantendrá la decisión adoptada en la instancia para regular el contacto de Claudia con sus progenitores en los días de cumpleaños de cualquiera de ellos, de la a propia Claudia y días del Padre y de la Madre.

c) La pensión alimenticia que deber abonar el Sr. Cirilo ascenderá a la cantidad de 750 € mensuales anualmente actualizada con arreglo al IPC, y además satisfará el progenitor no custodio el 50% de los gastos extraordinarios de carácter médico-sanitario, no cubiertos por seguro, y educacionales que genere la menor, debiendo adoptarse en todo caso las prevenciones a que se refiere respecto al ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores el auto de medidas provisionales ratificado en la resolución recurrida. Además debe atribuirse al Sr. Cirilo , en su caso, la obligación de atender en exclusiva y hasta la finalización del presente curso, la totalidad de gastos de matrícula generados por su hija Claudia en el Colegio Internacional de Valladolid.

Se mantienen el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida, sin que se haga especial pronunciamiento de condena en las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Se dictó auto de aclaración con fecha 14 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva dice lo siguiente: *Que estimando en parte la solicitud de aclaración efectuada por la Sra. Magdalena , procede aclarar la resolución dictada con fecha 28 de febrero de 2011 en el presente rollo de apelación, en el sentido de aclarar que modificado por la sentencia dictada por esta Sala el régimen de visitas al que el seguimiento del equipo psicossocial del Juzgado se vinculaba, debe considerarse que ha sido dejado sin efecto ese pronunciamiento.*

TERCERO.- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso **recurso de casación** la representación procesal de don Cirilo con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO.-** Artículos 154 , 156 y 94 del Código Civil , oposición a la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo. **SEGUNDO.-** La sentencia recurrida resuelve puntos o cuestiones sobre los que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 8 de noviembre de 2011 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.-Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Esperanza Azpeitia Calvín, en nombre y representación de doña Magdalena presentó escrito de impugnación al mismo.

Por el Ministerio Fiscal se presentó escrito apoyando el recurso..

3.-No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de Octubre del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Cirilo , formuló sendas demandas de medidas provisionales y definitivas de guarda, custodia y alimentos respecto de la menor Claudia , nacida de la relación sentimental con doña Magdalena . Ponía de relieve que ambos nunca llegaron a convivir y que la ruptura definitiva se produjo a los pocos meses de nacer la menor. Expone, asimismo, diversas vicisitudes de la vida de la pareja desde el nacimiento de la menor, entre otras, el traslado de la madre por motivos profesionales a la ciudad de Nueva York junto con la menor (con el consentimiento paterno) y otro traslado a la misma ciudad durante el cual la menor permaneció con el padre en Valladolid.

Durante todo este tiempo, el consenso entre los progenitores sobre la situación de la niña fue total. Ocurre que el padre, llegado un momento determinado, considera que existe una inestabilidad laboral de la madre, que influye negativamente en la formación de la menor Claudia , y revoca el consentimiento dado con anterioridad para que esta se desplace a Nueva York con su madre, insta incluso del Juzgado de Familia una medida de prohibición de salida del territorio, pero al contactar con su ex pareja, ésta le comunica que ya se encuentra en Nueva York con la hija común (el demandante aporta auto del Juzgado de Primera Instancia 10 de Valladolid en que se requiere a la demandada para que se abstenga de viajar fuera del territorio nacional con la menor y ordena la prohibición de la menor de salir del territorio sin autorización judicial). Pretende el actor, entre otras medidas, la atribución de la guarda y custodia de la menor para el caso de que la madre resida fuera de Valladolid y la guarda y custodia compartida para el caso de que la madre residiese definitivamente en Valladolid. Solicita un régimen de visitas para la madre, así como pensión de alimentos para la menor.

La demandada doña Magdalena contestó a la demanda y solicitó que se le atribuyera la guarda y custodia de la menor, que se le permita vivir en Nueva York y, en su defecto, se le confie la guarda y custodia, fijando su residencia en Valladolid. Añade a su contestación afirmaciones relativas a la vida "disoluta" del padre, que no sabe cuidar a su hija "pues no lo ha hecho nunca", que "quiso que abortara", que no es "una persona equilibrada" y refiere incluso como la niña padece "irritaciones genitales" cuando regresa de estar con el padre y su familia (se hace referencia en las actuaciones a una denuncia de la madre por supuestos abusos sexuales por parte del padre hacia la menor, denuncia que fue archivada, constando un informe psicosocial en el que no se aprecia ninguna de estas circunstancias referidas a Claudia).

La Sentencia de primera instancia confirmó en su integridad el auto de medidas provisionales (que es la resolución que en definitiva contiene todas las medidas paterno-filiales). Se fija en dicho auto,

confirmado por la sentencia, que si la madre residiese en Valladolid se le atribuye la guarda y custodia, con un régimen de visitas ordinario para el padre y pensión de alimentos a su cargo. Sin embargo, si la madre residiese en Nueva York, se le atribuye la guarda y custodia al padre, estableciendo un régimen de visitas a favor de la madre de un fin de semana completo al mes, así como la mitad de las vacaciones de invierno y de verano, con obligación de abonar pensión de alimentos.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso y determinó que la guarda y custodia de la menor se atribuye a la madre, siendo ésta la que estará facultada para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija, determinando que el régimen de visitas, para el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York, será " *el que ambos progenitores pactaron y se fijó en la resolución recurrida*", siendo el régimen de visitas el ordinario mientras la menor viva en Valladolid. Fija también una pensión de alimentos a cargo del padre.

Recorre en casación la parte actora, d. Cirilo , al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC 2000, únicamente respecto del pronunciamiento relativo al régimen de visitas y a la cuestión relativa a si la madre puede unilateralmente fijar el domicilio de la menor o es necesario el consenso con el padre.

El escrito del Ministerio Fiscal apoya el recurso.

SEGUNDO.- El recurso de casación se articula en dos motivos. En el primero de ellos alega la vulneración de la doctrina de esta Sala contenida en tres sentencias: la de 9 de julio de 2002 (Recurso 482/97), la de 21 de junio de 1993 (Recurso 3467/1990) y la de 19 de octubre de 1992 (Recurso 7814/92). Afirma que no ha quedado debidamente determinado el régimen de visitas, ya que la Audiencia Provincial manifiesta que en el caso de que la madre se establezca en Nueva York con la menor, el régimen de visitas será el que "*ambos progenitores pactaron*", constando en autos únicamente un documento (el documento de autorización del padre a la madre para que se establezca en Nueva York con la menor) en el que se dice que "el padre podrá visitar en EEUU a su hija las veces que crea conveniente y permanecer con ella. Estas visitas se pactarán entre el padre y la madre con una antelación suficiente". Considera la recurrente que esta indefinición supone, de hecho, una privación del régimen de visitas al padre, dejándolo al arbitrio de la progenitora custodia, más en un momento de mala relación entre ambos progenitores.

En el segundo, se pretende combatir la decisión de la Audiencia de que sea la madre la que fije el domicilio de la menor, considerando la recurrente que es ésta una cuestión de patria potestad, a decidir entre ambos. Cita al efecto dos sentencias de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en las que se considera que es una cuestión de patria potestad, que debe ser consensuada

por los padres, frente a dos sentencias de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga en las que se determina que los cambios de domicilio del menor pueden ser acordados por el progenitor custodio, en reflejo de la libertad de residencia, domicilio y deambulación consagradas en la Constitución.

El recurso se analiza a partir del segundo motivo porque lo que se resuelva sobre la fijación de la residencia de la menor, como derecho deber insito en la patria potestad o derivados de la guarda y custodia, será determinante para decidir si el régimen de visitas fijado en la sentencia es el adecuado.

Este segundo motivo se estima.

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

La patria potestad, dice el artículo 156 del Código Civil, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

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

La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores.

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.*

Lo que se ha producido en este caso no es, por tanto, conforme con lo que se expone, ni se compadece con la doctrina sentada por algunas Audiencias Provinciales citadas en el motivo. *La sentencia dice lo siguiente: " La guarda y custodia de la menor Claudia se atribuye a su madre, D^a Magdalena , siendo esta como guardadora de la menor quien estará facultada expresamente para decidir en todo caso el lugar de residencia de su hija".*

Sin duda, hubo desacuerdo entre los padres respecto a la nueva residencia de su hija, y se acudió también a la autoridad judicial. Sin embargo, la solución adoptada deja a la voluntad de la madre custodia la decisión de fijar el lugar de residencia de la hija común, en perjuicio de los derechos deberes de la patria potestad que ostenta el otro progenitor, y deja, además, sin valorar si resulta o no conveniente al interés de la niña el desplazamiento que se interesa, adoptando incluso un régimen de visitas absolutamente indeterminado y en función de un posible desplazamiento de la menor al extranjero vinculado a la guarda y custodia de la madre, que tampoco ha sido definido ni en cuanto al tiempo de permanencia, ni en razón a las circunstancias concurrente (" en el caso de que esta finalmente se traslade a Nueva York").

Al resolver de esa forma, la sentencia deja sin contenido los derechos de la hija a la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, y se soslayan los derechos y deberes de los padres que garantizan el reconocimiento del principio de que ambos tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño (artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos

del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, así como Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia), *y también el derecho de los padres a ejercer la patria potestad aun en el caso de que vivan separados*, como dice en su informe el Ministerio Fiscal, que se comparte.

TERCERO.- La estimación del segundo motivo conduce a la completa estimación del recurso de casación y determina la anulación de la sentencia recurrida y la *devolución de los autos a la Audiencia para que dicte nueva sentencia sobre la conveniencia del traslado de la hija del matrimonio a Nueva York ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y en su vista acuerde el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable que garantice los derechos de la menor y de sus padres.*

No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.2 LEC. Tampoco las de ninguna de ambas instancias.

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Cirilo , contra la sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 28 de febrero de 2011, dictada en el rollo de apelación 391/2010.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º. Reponemos las actuaciones al momento anterior a dictarse la sentencia de apelación, con el fin de que la Audiencia Provincial dicte nueva sentencia siguiendo la doctrina sentada en esta sentencia sobre el traslado de la hija del matrimonio a Nueva York, ponderando la necesidad y proporcionalidad de la medida que se adopte y acuerde en su vista el régimen de guarda y custodia y fije un régimen de visitas justo, equitativo y estable para garantizar los derechos del menor y los de sus padre.

4º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes. Tampoco las causadas en ninguna de ambas instancias.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Juan Antonio Xiol Rios. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas.**

Roman Garcia Varela.Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.