

Id. Cendoj: 28079119912013100002
Organo: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 991
Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 31/01/2013

Nº Recurso: 2248/2011

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Procedimiento: CIVIL

Idioma: Español

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Presidente Excmo. Sr. D.Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia Nº: 823/2012

Fecha Sentencia : 31/01/2013

CASACIÓN

Recurso Nº : 2248/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando Parcialmente

Votación y Fallo: 18/12/2012

Ponente Excmo. Sr. D. : José Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE PONTEVEDRA SECCION PRIMERA

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por : AAV

**MODIFICACIÓN DE MEDIDAS. CAMBIO DE GUARDA Y CUSTODIA.
VALORACIÓN DE LOS INCUMPLIMIENTOS DEL REGIMEN ESTABLECIDO.
INTERES DEL MENOR**

CASACIÓN Num.: 2248/2011

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Seijas Quintana

Votación y Fallo: 18/12/2012

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

SENTENCIA Nº: 823/2012

Excmos. Sres.:

D. Juan Antonio Xiol Ríos

D. Francisco Marín Castán

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

D. Rafael Gimeno Bayón Cobos

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de Enero de dos mil trece. 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 Pontevedra, como consecuencia de autos de juicio sobre modificación e medidas definitivas nº 1141/2008, seguidos ante el Juzgado

de Primera Instancia número uno de dicha Ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal doña Rita, la procuradora doña Beatriz González Rivero. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Cristina Gramage López, en nombre y representación de don Miguel. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Luis Valdes Albillo, en nombre y representación de don Miguel, interpuso demanda de juicio de modificación de medidas, contra doña Rita y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que solicito al Juzgado lo siguiente: Se sirva acordar procedimiento de MODIFICACIÓN DE MEDIDAS, adoptando las solicitadas en el hecho QUINTO de este escrito, en base al requerimiento judicial efectuado a la demandada en el Auto de fecha 15 de marzo de 2005 instando a su vez, al Juzgado para que una vez sean adoptadas, se acuerden las diligencias necesarias para lograr la efectividad de las mismas, que a continuación se reiteran:

I- Se atribuye a Don Miguel la guardia y custodia del hijo común, son perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores.

II- Se reconoce a la madre, DOÑA Rita, el si régimen de visitas en relación a su hijo:

1º.- La mitad de la vacaciones escolares de verano del menor de todos los años y de la siguiente manera

a) Durante el mes en que DOÑA Rita disfrute de sus vacaciones laborales, julio o agosto, la estancia del niño con él será ininterrumpida, desplazándose el menor a los Estados Unidos de América.

b) El resto del tiempo de las vacaciones escolares del niño, éste vivirá con su padre en España reconociéndose a la madre, en el caso de que venga a España, el siguiente régimen de visitas: fines de semana alternos, de 19.00 horas del viernes a 20.00 horas del domingo, así como un día a la semana, que en defecto de acuerdo será el miércoles desde las 11.00 a las 21.00 horas.

c) La madre deberá informar en el mes de mayo de cada año, cuando va a disfrutar de las vacaciones de verano, para que el padre del niño pueda obtener los billetes de avión, con la suficiente antelación. Asimismo, el menor una vez transcurrido el mes en el que estará con su madre, habrá de regresar al domicilio de su padre, y para el caso de que se estuviese en el mes de Agosto en los Estados Unidos, el menor en todo caso, deberá regresar como máximo primera semana del mes de Septiembre, encargándose el progenitor de sufragar el importe del avión de ida y vuelta.

2º.- La totalidad de las vacaciones de Navidad del menor de los años pares.

El padre se ocupará de que el niño esté con su madre el día siguiente a aquel en que comiencen las vacaciones escolares regresando como máximo dos días antes del reinicio de las clases sufraga también el coste de viaje

3º.- La madre podrá comunicarse libremente por carta, teléfono e internet con su hijo, sin otra limitación que la del respeto a las actividades escolares y hábitos del niño (horarios de comida y sueño por ejemplo). De quererlo así el progenitor, la progenitor deberá facilitar la Comunicación vía internet todos los días.

Este régimen de visitas será en todo caso subsidiario del que los progenitores puedan pactar de común acuerdo para cada caso, y respeta las medidas penales impuestas al progenitor

III. En cuanto, la guardia y custodia/a del menor se atribuye al padre, DON Miguel y por tanto, se encargará de la manutención, del menor, y de los gastos ordinarios, derivados de las atenciones, que la educación del menor suponga, se fijará una PENSION ALIMENTICIA para atender los gastos ordinarios de manutención del menor, por un importe mensual de 120000 euros, a satisfacer por la madre DOÑA Rita, que deberá ingresar en la cuenta bancaria que designe el padre, dentro de los cinco primeros días de cada mes, debiéndose actualizar dicha pensión, anualmente desde que sea fijada, y el incremento del IPC determinado por el INE.

En cuanto, a los gastos extraordinarios que se pudiesen ocasionar, en relación a la educación del menor (material escolar) o a la salud gafas, ortodoncias prótesis, intervenciones quirúrgicas o gastos médicos extraordinarios) serán sufragados al cincuenta por ciento por cada progenitor.

2.- La procuradora doña Maria del Amor Angulo Gagón, en nombre y representación de doña Piedad, contestó a la demanda y oponiendo a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta por el Sr. Miguel con expresa imposición de las costas del procedimiento.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a las alegaciones formuladas y la prueba practicada.

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 uno de Pontevedra dictó sentencia con fecha 26 de Julio de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el procurador don Luis Valdés Albillo, en nombre y representación de don Miguel, contra doña Amanda y desestimando las pretensiones deducidas por esta última representación procesal contra el primero, debo modificar la*

sentencia dictada el 12 de Julio de 2006, en los autos de divorcio contencioso número 1010/2005 de este Juzgado en el sentido siguiente:

I. - Se atribuye la custodia del menor, hijo común de los litigantes, a Don Miguel.

II.- Se fija una etapa intermedia, desde la notificación de esta Sentencia hasta el pleno ejercicio de la titularidad de dicha guarda y custodia por parte del progenitor, con el fin de lograr una adaptación progresiva a la nueva adaptación situación de residencia habitual con su padre.

En esta etapa intermedia, no obstante tener Don Miguel la titularidad de la custodia del menor, este seguirá viviendo con su madre, pero se relacionará con el padre del siguiente modo, con los controles que a continuación se citan:

a) Durante el primer mes, con la finalidad de que la relación se reinicie, las visitas se realizarán en el Punto de Encuentro Familiar, tres tardes a la semana que en efecto de acuerdo serán las de los martes, jueves y sábados desde las 17:00 a las 20:00 horas. Se dejara a criterio de los profesionales del PEF la decisión de si todas las visitas han de desarrollarse íntegramente en el interior de sus instalaciones, o pueden llevarse a cabo fuera, especialmente teniendo en cuenta la necesaria relación del niño , no solo con su padre, sino con los abuelos paternos y si deben durar, la totalidad del tiempo mencionado o, al menos al principio , conviene que sena más breves.

b) Salvo inconveniente manifestado por las Profesionales del Punto de Encuentro, a partir de ese primer mes, que podría prorrogarse si aquellas lo consideran necesario, se abrirá una segunda etapa de otro mes más, también susceptible de prórroga, durante el cual el menor estará con su padre del modo siguiente:

Todos los sábados desde las 11:00 a las 19:30 horas y todos los domingos desde las 11:00 a las 19:30 horas

Una tarde a la semana, la del miércoles en defecto de acuerdo, desde las 17:00 a las 20:00 horas.

En todos los casos, la entrega y recogida del menor se hará en el Punto de Encuentro Familiar.

c) También salvo inconveniente manifestado por las Profesionales del Punto de Encuentro Familiares, comenzará a continuación una etapa de cuatro meses, susceptibles de prórroga, en la que las visitas se desarrollarán del modo siguiente:

Todos los fines de semana, uno desde el viernes a las 17:00 horas al domingo a las 20:00 horas. La entrega y recogida se hará en el Punto de Encuentro Familiar.

Dos tardes a la semana, desde las 17:00 a las 19:30 horas, salvo que el menor tenga clases por la tarde, en cuyo caso, el padre lo recogerá a la salida del colegio incluso si sale al mediodía y lo llevará de nuevo al Punto de Encuentro a las 19,30 horas. En defecto de acuerdo, las tardes serán las del martes a jueves, quedando obligado el progenitor a respetar todos los compromisos escolares del menor, clases particulares, tareas escolares, estudio previo a exámenes etc.

Si en este período quedan comprendidas vacaciones de Navidad, se dividirán en dos períodos: el primero desde el 22 de diciembre a las 19:30 horas al 30 de diciembre a las 19:30 horas y el segundo desde este momento al 6 de enero a las 19:30 horas. En defecto de acuerdo del concreto período a disfrutar, corresponderá la elección, al padre en años pares y a la madre en los impares. Si quedan comprendidas vacaciones de Semana Santa se dividirán también por mitad: desde el viernes anterior al Jueves Santo a las 19:30 horas, al Miércoles Santo a las 19:30 horas y desde este momento al Domingo de Resurrección, a las 19:30 horas.

d) El Equipo Psicosocial de este Juzgado analizará de nuevo la situación familiar al término de cada una de las etapas indicadas, pronunciándose sobre la conveniencia de

pasar de una etapa a otra e indicando, de ser el caso, la adopción de cualquier cambio en el sistema que pudiera ser conveniente para la adecuada transición hacia el sistema de custodia paterno.

e) Se impone la prohibición de que, durante este período, el menor sea trasladado fuera de España sin autorización judicial expresa, que se concederá solo por motivos justificados y en beneficio del niño y la retirada del pasaporte del menor.

III. - Transcurrida la etapa intermedia a la que acaba de hacerse mención, la progenitora tendrá el siguiente régimen de visitas, que se fija partiendo de que residirá en España. En otro caso, se deja expresamente prevista la posibilidad de instar un procedimiento de modificación de medidas para adaptar el régimen de visitas a las exigencias derivadas de su lugar de residencia la distancia entre domicilios y el resto de circunstancias de calendario concurrentes.

Podrá estar con su hijo:

a) Los fines de semana alternos, desde las 17:00 horas del viernes a las 20:00 horas del domingo.

b) En la semana en la que no corresponda a Doña Rita tener a su hijo en su compañía, podrá estar con él dos tardes, martes y jueves en defecto de acuerdo, desde la salida del colegio hasta las 19:30 horas y en la semana cuyo fin de semana si le corresponda ejercer su régimen de visitas, una tarde a la semana, la del miércoles en defecto de acuerdo, desde la salida del colegio hasta las 19:30 horas.

c) Las vacaciones de verano se dividirán en dos períodos: desde el día siguiente al del inicio de las vacaciones del curso escolar hasta el 31 de julio o desde el 1 de agosto hasta los dos días anteriores al del inicio del curso.

d) *Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos períodos: o desde el Viernes anterior al Jueves 17:00 horas hasta el Miércoles Santo a las 20.00 o desde este momento al Domingo de Resurrección, a las 20:00 horas.*

e) *Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos: desde el día en que comiencen las vacaciones en el colegio hasta el 30 de diciembre a las 20:00 horas o desde este momento hasta el 6 de enero a las 19:00 horas.*

En todos estos casos de vacaciones escolares, la madre podrá tener a su hijo en su compañía en uno de los dos períodos señalados, correspondiendo la facultad de elección, en caso de desacuerdo entre los progenitores, al padre en años pares y a la madre en los impares.

IV.- Se fija una pensión alimenticia a favor del menor y a cargo de la progenitora en la cantidad de 120 euros mensuales, que deberán ser ingresados dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el progenitor y que será anualmente actualizada en función de las variaciones que experimente el IPC o índice que lo sustituya.

Asimismo, los progenitores abonarán al 50% el importe de los gastos extraordinarios del menor, entendiéndose por tales los de tipo médico o farmacéutico no cubiertos por la Seguridad Social o por otro sistema de cobertura de que el menor pueda ser beneficiario.

No se efectúa especial imposición de las costas procesales.

SEGUNDO .- *Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Rita, la Sección primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, dictó sentencia con fecha siete de septiembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Rita contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número uno*

de Pontevedra en el proceso sobre modificación de medidas definitivas nº 1141/08, confirmandose en su integridad meritada sentencia, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

La sentencia cuenta de un voto particular del Magistrado don Francisco Javier Valdés Garrido en el que solicita la estimación del recurso de apelación y consiguiente desestimación de la demanda.

TERCERO .- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso **recurso de casación** la representación procesal doña Rita con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:UNICO.-** Al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 LEC, denunciando la violación de los artículos 90, 92 y 103 del Código Civil, en base al artículo 776.3 de la LEC, presentado el recurso de interes casacional, a tenor de lo previsto en el artículo 477.3. LEC pues existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencia Provinciales que cita.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 29 de mayo de 2012 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 Cristina Gramage López en nombre y representación de don Miguel presentó escrito de impugnación al mismo.

El Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso de casación. Considera que se deben agotar otros medios legales para que se cumpla la relación del menor con el padre, pues en este momento y a pesar de los incumplimientos de la madre, entiende que el interés superior del menor reside en no obligarle a venir a España, ya que está integrado en Estados Unidos. No obstante si después de la sentencia de casación, la madre volviese a obstaculizar el derecho a relacionarse el menor con el padre, es cuando podríamos plantearnos utilizar

otros mecanismos legales para obligarla, y como último recurso sería el cambio de la custodia del menor.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de noviembre del 2012, en cuyo acto se acordó someter el recurso al conocimiento del Pleno de la Sala, señalándose para su celebración el día 18 de diciembre de 2012, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **José Antonio Seijas Quintana** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -Don Miguel formuló demanda de modificación de medidas definitivas de juicio matrimonial contra Doña Rita, relativa a la guarda y custodia de un hijo habido en común, Miguel, de un año y nueve meses de edad cuando el matrimonio se separó mediante sentencia de noviembre de 2003. La demanda comienza señalando que en fecha 15 de mayo de 2008, se requirió judicialmente a la Sra. Rita, residente en New Jersey (Estados Unidos de América), para que manifieste la fecha y hora en que entregará al menor en las vacaciones de verano en un punto de encuentro, con apercibimiento de que si así no lo hace se iniciará un procedimiento de modificación de medidas del actual sistema de guarda y custodia del menor. Sigue describiendo los episodios acontecidos desde la sentencia de 12 de junio de 2006, cuyo contenido reseña en cuanto al sistema de comunicaciones del padre con el hijo. Denuncia el incumplimiento sistemático de la medida desde la citada sentencia y en virtud de todo ello insta la modificación de medidas y solicita que se le atribuya la custodia del menor y se establezca un régimen de visitas a favor de la madre similar al que se le había concedido, con cita del artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y atribuyó la guarda y custodia del menor al actor, fijando una etapa de adaptación de seis meses,

susceptible de prórroga, con el fin de lograr una progresiva adaptación del menor a su nueva situación.

La sentencia de la Audiencia Provincial confirmó la del Juzgado una vez acreditado el total incumplimiento por parte de la progenitora custodia de sus obligaciones, al impedir el cumplimiento del régimen de visitas del hijo con el progenitor no custodio durante varios años, privándole de manera absoluta de la figura paterna. Para la Audiencia, si algún supuesto de hecho es merecedor de la consecuencia jurídica prevista en el artículo 778.3 del cambio de la guarda y custodia, este es el que se enjuicia, concluyendo que no está acreditado que el cambio de la medida suponga un perjuicio contrario al interés del menor, más allá del cambio que supone el traslado de residencia a su país de origen bajo la custodia del padre.

La sentencia cuenta con un voto particular de uno de los magistrados que viene a considerar que, pese a la actitud obstruccionista de la madre al cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor del padre, existe un vínculo afectivo del menor con la madre y se encuentra integrado en la vida del país de residencia, por lo que el cambio de la medida interesada sería contrario a los intereses del niño, acostumbrado a vivir con su madre y cuya relación con el padre ha sido muy escasa. Por otra parte, señala que no se han agotado todos los medios disponibles para tratar de conseguir un efectivo cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio (responsabilidad penal a la progenitora incumplidora; imposición de multas coercitivas; requerimientos de cooperación a las autoridades centrales -Convenio de la Haya-).

Doña Rita formuló recurso de casación por existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales. Contrapone la tesis mantenida por la sentencia impugnada, que acuerda el cambio de guarda y custodia del menor al haber incumplido el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio, con otras de distintas Audiencias en las que no se otorga el cambio a pesar del incumplimiento por parte de la progenitora custodia, al primar el interés del menor que reside en un país extranjero y se ha adaptado a él, lo que se vería alterado por el cambio de guarda.

En ningún caso, dice la recurrente, se puede deparar un daño superior al preexistente. El artículo 776.3 de la LEC debe estar siempre subordinado al superior interés del menor, ya que el beneficio de este es el principal criterio que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre su cuidado y educación.

SEGUNDO.- El recurso se estima no sin precisar que no se comparten las alegaciones previas de admisibilidad invocadas por la parte recurrida, sobre las circunstancias concretas que pudieran cuestionar la existencia de contradicción entre sentencias de diferentes Audiencias Provinciales. De admitirse, difícilmente podría evaluarse tal interés, condicionado como está a las circunstancias del caso que debe apreciar el juez, a quien corresponde darle un contenido específico. "La revisión en casación de los casos de guarda y custodia solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo, con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio. La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este".(...). Siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses, bien es cierto que sin que sea posible entrar a juzgar sobre los criterios utilizados para su determinación cuando sean razonables y se ajusten a dicho interés. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los arts. 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección (SSTS de 11 febrero y 25 de abril de 2011)".

El problema en este caso consiste, pues, en determinar si la decisión adoptada en ambas instancias ha tenido en cuenta ese interés superior del niño, de aplicación obligatoria, en el momento en que se dictan, partiendo para ello de la norma que se dice infringida en el motivo -artículo 776.3 LEC-. Dice esta lo siguiente: "El

incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas".

Esta norma constituye un aspecto importante en la determinación de los derechos y deberes de las partes en orden a posibilitar el régimen de visitas y comunicaciones de los hijos con el progenitor no custodio y de garantizar, en suma, el principio constitucional de protección de la familia y de la infancia que se proclama en el artículo 39 de la Constitución, con la consecuente posibilidad de modificar la medida acordada, no como sanción, sino como una más de las circunstancias que se deben ponderar para justificar el cambio del régimen de guarda y visitas pues, en definitiva, tampoco se presta a una aplicación automática, sino facultativa ante los incumplimientos tanto del guardador como del no guardador.

Lo que la norma defiende no es la autoridad de la resolución judicial que la acuerda, sino el interés de los menores en verse y comunicarse con el progenitor no custodio, evitando que la ruptura del contacto con el hijo, especialmente si este es de corta edad, pueda conducir a una alteración creciente de la relación con su padre. Sin duda el paso del tiempo puede tener como efecto convertir en definitiva una situación de falta de comunicación, en la medida en que se le priva de estos contactos periódicos y se amenazan estos intereses y derechos que resultan de la relación con sus progenitores.

La decisión judicial se protege a través de otras vías, bien coercitivas bien convencionales, que en el caso no han sido utilizadas. De un lado, las multas coercitivas (artículo 776.2 LEC) y la responsabilidad penal al haberse incumplido una resolución judicial clara y terminante acordada por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones, conducta que se incardina en un delito de desobediencia grave, según resulta de los artículos 556 y 622 del CP. De otro, más beneficiosa si cabe para el menor en cuanto no compromete a la madre en actuaciones que a la postre podrían perjudicarle, pero con el efecto disuasorio que pueden producir en aquellos padres que se sintieran tentados a recurrir al secuestro, evitando los abusos y fraudes que se

podrían cometer con motivo del derecho de visitas, están instrumentos como el Convenio de la Haya de 26 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores dirigido, entre otros fines, a "velar por que los derechos de custodia y visitas vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes" (artículo 1.2), regulándose en el artículo 22 el procedimiento para hacer efectivo este derecho. Posiblemente, en esta clase de asuntos el carácter adecuado de una medida depende de la celeridad en su aplicación.

Como complemento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que, para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aunque la relación entre los padres se haya roto, y que las medidas internas que lo impidan constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8 del Convenio (ver, entre otras, Sentencias Johansen contra Noruega de 7 agosto 1996, y Bronda contra Italia de 9 junio 1998); de donde concluye el Tribunal que "el demandante ha sufrido un daño moral cierto, que no queda suficientemente indemnizado con la constatación de violación al Convenio",

Como precisa la sentencia de esta Sala de 30 de julio de 2009, al resolver sobre una demanda del padre por incumplimiento del régimen de visitas por parte del cónyuge custodio, en realidad, el Tribunal Europeo no condenó al otro progenitor sino al Estado alemán. "Pero de estas sentencias se debe extraer la doctrina según la cual constituye una violación del derecho a la vida familiar reconocida en el Convenio, el impedir que los padres se relacionen con sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (sentencia coincidente con la STEDH de Estrasburgo, Sala 1ª, de 11 julio 2000, caso Ciliz vs Países Bajos). En consecuencia de lo dicho, hay que concluir que el daño a indemnizar en este caso es exclusivamente el daño moral ocasionado por quien impide el ejercicio de la guarda y custodia atribuida al otro en una decisión judicial e impide las relaciones con el otro progenitor y ello con independencia de que se pueda, al mismo tiempo y de forma independiente, ejercitar las acciones penales por desobediencia".

TERCERO.- Resta por ver si estas reglas dirigidas a procurar el bienestar del niño, pueden ponerse realmente en practica en este caso y, en definitiva, valorar las consecuencias que produciría la modificación de la decisión recurrida en la situación del menor.

Son hechos probados de la sentencia que a la madre se había atribuido inicialmente la guarda y custodia de su hijo, permitiéndose además el cambio de residencia a los Estados Unidos de América, y que dejó sin cumplir los compromisos asumidos en orden a facilitar las comunicaciones del hijo con el padre, pese a las múltiples actuaciones judiciales que se llevaron con tal finalidad desde el año 2006 en que se evitó cualquier contacto con su padre.

Con independencia del reproche que se pudiese realizar del comportamiento de la progenitora custodia, lo que debe primar es el interés del menor. Y es evidente, y especialmente relevante, que en ninguno de los hechos que refiere la demanda de modificación de medidas, se alude o justifica el beneficio que para el menor representa el cambio. Lo que sometió a la consideración judicial es el incumplimiento del régimen establecido, con la única base fáctica y jurídica de los requerimientos judiciales en los que se apercibió a la Sra. Rita de la plena efectividad del artículo 776.3 LEC. Nada más se dice salvo la petición de que se le conceda la custodia del hijo y se establezca un régimen de visitas amplio favorable a Doña Rita, junto a las repercusiones económicas que ello conlleva la manutención del menor. Y si no fuera por los precedentes anteriores, de su lectura no se conocería ni el nombre ni la edad de su hijo, pues tampoco nada dice. El menor se llama Miguel y tiene en la actualidad 10 años (nació en Pontevedra el día NUM000 de 2002), seis de los cuales permaneció con su madre en Estados Unidos, país en el que está integrado en todos los aspectos (alimentación, hábitos sociales y círculo de amigos), con fuerte vínculo afectivo hacia su madre.

La sentencia justifica la medida entre otras cosas porque considera que el artículo 776 es una concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, y así puede ser, ciertamente, pero no siempre. Es cierto que, sea cual fuere el

miembro de la pareja parental con el que conviva en niño, debe asegurarse que tanto la función paterna como la materna estén garantizadas, porque de ambas funciones precisa el niño para un correcto desarrollo emocional. Ocurre, sin embargo, que se han creado unos vínculos muy distintos del menor con el padre que ahora pretenden reforzarse a través de un cambio de custodia que tiene como punto de partida una primera etapa de acercamiento progresivo del padre con su hijo en Pontevedra en el que la madre seguirá con la custodia, lo que exige que tanto este como su madre se trasladen a España para cumplimentar el régimen de visitas que se establece a favor del padre, y una fase posterior que concluye con la madre residiendo en España con el hijo ya bajo la custodia del padre. La primera parte tiene una duración de dos años. La segunda de cuatro. Una y otra prorrogables, sin que este periodo intermedio de transición hacia el sistema de custodia paterno, a desarrollar en España, ofrezca ninguna garantía de que pueda materializarse en una nueva relación, hasta ahora prácticamente inexistente del padre con su hijo. Iniciativas de esta clase, con el padre en Pontevedra y la madre y el hijo en Estados Unidos donde están perfectamente integrados desde hace tiempo, no son aconsejables en estos momentos. Para el menor, dice el voto particular, que se acepta, *"supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva el traslado de su lugar de residencia a otro país muy distante del anterior y de imposición de convivencia con una persona (su padre) a la que, por las circunstancias que fueren, prácticamente desconoce"*.

CUARTO.- La estimación del recurso, supone casar la sentencia recurrida y, de conformidad con lo razonado, estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Rita y desestimar la demanda formulada contra el con imposición de las costas a la parte actora.

De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no procede la imposición de las costas causadas en la apelación ni en este recurso de casación.

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

FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACION interpuesto por la, representación de doña Rita, contra la sentencia de 26 de Julio de 2010 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra.

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Rita, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pontevedra de 26 de julio de 2010, la revocamos, y en su lugar, desestimamos la demanda de modificación de medidas interpuesta por don Miguel contra ella, imponiendo al demandante las costas derivadas de la misma.

4. No ha lugar a la imposición de las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

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 **Juan Antonio Xiol Ríos. Francisco Marín Castán. José Ramón Ferrándiz Gabriel. José Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Sarazá Jimena. Xavier O' Callaghan Muñoz. Rafael Gimeno Bayón Cobos**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José 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.