

Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, Sentencia de 7 Sep. 2011, rec. 11/2011

Ponente: Valdés Garrido, Francisco Javier.  
Nº de Sentencia: 445/2011  
Nº de Recurso: 11/2011  
Jurisdicción: CIVIL

MATRIMONIO. Disolución matrimonial. Divorcio. Formas. Contenciosa. -- Disposiciones comunes a la nulidad, la separación y el divorcio. Efectos de la nulidad, la separación y el divorcio. Patria potestad, cuidado y régimen de visitas y estancias de los hijos. MENORES. Principios de actuación con menores . Interés del menor. RÉGIMEN DE VISITA A LOS MENORES.

TEXTO

En Pontevedra a, siete de septiembre de 2011.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00445/2011

Rolló: RECURSO DE APELACION (LECN) 11/2011

Asunto: ORDINARIO (MODIFICACION MEDIDAS)1141/08

Procedencia: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUM. UNO DE PONTEVEDRA.

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ

D. MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ GONZÁLEZ

D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 445

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de, procedentes del Juzgado, a los que ha correspondido el Rolló núm. 11/11, en los que aparece como parte apelante-demandada: Dª. Rosalia representado por el procurador Dª. MARIA DEL AMOR ANGULO GASCÓN y asistido por el Letrado D. ROBERTO REY FEIJOO , y como parte apelado-demandante: D. Vidal , representado por el Procurador D. LUIS-RAMON VALDES ALBILLO, y asistido por el Letrado D. DIEGO HUERTA DE UÑA, Y el MINISTERIO FISCAL, sobre ORDINARIO (MODIFICACIÓN DE MEDIDAS), y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ , quien expresa el parecer de la Sala.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de Primera Instancia núm UNO DE PONTEVEDRA, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador Don Luis Valdés Albillo, en nombre y representación de Don Vidal , contra Doña Rosalia , representada por la Procuradora Doña María del Amor Angulo Gascón y desestimando las pretensiones deducidas por esta última representación procesal contra el primero, modificar la sentencia dictada el 12 de junio 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 Vidal .

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 del menor a la nueva situación de residencia habitual con su padre.

En esta etapa intermedia, no obstante tener Don Vidal 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 defecto de acuerdo serán las de los martes, jueves y sábados, desde las 17:00 a las 20:00 horas. Se dejará a criterio de las 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 sean 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 harán en el Punto de Encuentro Familiar.

C) También salvo inconveniente manifestado por las Profesionales del Punto de Encuentro Familiar, comenzará a continuación una etapa de cuatro meses, susceptible 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 y al siguiente solo el domingo, desde las 17:00 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 y 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 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 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 residirán 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 lugar de su 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 Rosalía 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 sí 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 escolar.

d) Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos períodos: o desde el Viernes anterior al Jueves Santo a las 17:00 horas hasta el Miércoles Santo a las 20:00 horas 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.**- Notificada dicha resolución a las partes, por se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala y se señaló el día 20 de julio de 2011 para la vista de este recurso.

**TERCERO.**- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

**CUARTO.**- El ponente inicial, Ilmo. Sr. Magistrado D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO no se conformó con el voto de la mayoría, por lo que en las funciones que me competen en calidad de Presidente de este Tribunal, procedo a la redacción de la presente resolución.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda en la que se insta la modificación de medidas definitivas adoptadas en sentencia de divorcio, dictada el 12 de junio de 2006 , y accede al cambio de guarda y custodia interesado, atribuyendo ahora la guarda y custodia del menor, hijo común de los litigantes, al padre, si bien estableciendo un periodo intermedio para la habituación al nuevo régimen que se establece en sentencia.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la madre del menor. A ella se había atribuido inicialmente la guarda y custodia de su hijo menor, permitiéndose además el cambio de residencia a los Estados Unidos de América. Como motivo esencial de su recurso, aún reconociendo el reproche que merece su comportamiento al no cumplir con sus obligaciones para permitir el ejercicio del derecho de visitas del padre no custodio y el derecho a la relación paterno filial de su hijo, sin embargo opone a la modificación del régimen de guarda y custodia el interés del menor. Considera que el menor se encuentra perfectamente integrado en Estados Unidos, conviviendo con su madre, la pareja de ésta, y una nueva hermana que nació el 15 septiembre de 2010. Se exculpa, en cuanto a la falta de cumplimiento del régimen fijado en sentencia en la imposibilidad de salir de Estados Unidos.

SEGUNDO. La sentencia de instancia, de forma minuciosa y acertada, desarrolla y describe en su fundamento jurídico tercero la relevancia del compromiso de la madre para el cumplimiento del régimen de visitas en la resolución que estableció el inicial régimen de guarda y custodia cuya modificación ahora se pretende, en los siguientes términos:

*" Pues bien: en el presente caso, el lugar de la residencia futura de la madre no impide atribuirle la titularidad de la guarda y custodia de su hijo o, si se prefiere, no hace más conveniente que dicha atribución recaiga en Don Vidal . Para llegar a esta conclusión hemos tomado en consideración lo siguiente:*

1º.- El informe del equipo psicosocial adscrito al Juzgado (...)

2º.- En segundo lugar, el hecho de que Doña Rosalia ofreció en el acto de la vista un régimen de visitas y manifiesto, para el caso de serle atribuida la custodia de su hijo, su voluntad de asumir una serie de compromisos, que nos garantizan que la relación paterno filial se mantenga y fomente y pueda lograrse el deseable objetivo de que esta niño pueda crecer y educarse con la presencia en su vida de los dos progenitores, superando el obstáculo que para ella representa la enorme distancia entre domicilios...".

En el fundamento de derecho cuarto, consta que Doña Rosalia había manifestado a preguntas de esta Juzgadora (la negrita es nuestra): *" que estaba dispuesta a facilitar y garantizar el contrato padre-hijo por medio de carta y teléfono, así como vía Internet, incluso diariamente en este último caso. En cuanto a las estancias del menor (quiere decirse, obviamente, del progenitor) con su hijo, propuso un régimen de visitas que pasaría por que el padre estuviese con el menor en las vacaciones de verano de todos los años y en las de Navidad de los años alternos, ofreciendo incluso la posibilidad de que su hijo pudiese estar con el progenitor en las vacaciones de Navidad que a ella le correspondiesen si las pasaba en España. Se comprometió asimismo a ocuparse de los traslado del menor a España e incluso de sufragar el coste económico del viaje. Tal y como ya anticipamos, el sistema ofrecido es plenamente razonable y ampara satisfactoriamente, dadas las circunstancias derivadas de la distancia entre domicilios, los dos intereses en juego: el del menor de mantener un contacto lo más fluido posible con aquel de sus progenitores de cuya compañía diaria se ve privado y el del progenitor de tener a su hijo en su compañía(...)."*

En clara manifestación de la importancia del cumplimiento en este caso del tantas veces aludido régimen de visitas paterno filial, creímos oportuno agotar los fundamentos de nuestra convicción, señalando:

*" Por último, no podemos cerrar este capítulo relativo al régimen de visitas paterno filial sin recordar de nuevo la importancia que en este caso concreto tiene su estricta observancia. Es evidente que la distancia entre el domicilio del menor y el de su padre exige por parte de la progenitora, referente más inmediato y cotidiano del niño, un esfuerzo superior al que normalmente es exigible al progenitor custodio, para evitar por encima de todo que la relación afectiva y emocional del menor con su padre se pierda y derive en una situación de asunción en exclusiva o, en su caso, con personas que no sean el padre de este niño, de las*

*responsabilidades relativas a su educación. Es más: es preciso insistir en que uno de los fundamentos de nuestra decisión de atribución a Doña Rosalia de la guarda y custodia de su hijo, ha sido, precisamente, su compromiso de facilitar la relación paterno filial. Y se aclara ahora que dicho compromiso no termina con el desplazamiento de su hijo a España o con facilitar materialmente la comunicación telefónica o informática. Se trata de un compromiso que va mucho más allá y que supone, por acción, hacer entender a su hijo lo beneficioso de la relación con su padre, impidiendo que la distancia difumine la figura paterna y, por omisión, abstenerse de cualquier comportamiento que transmita al niño una imagen negativa de su padre".*

Y se terminaba con la siguiente advertencia:

" En consecuencia, si todo ello se incumple, se estará en el caso de poder valorar una modificación de la medida que ahora se acuerda "

Tal es, pues, la situación de partida. Y no podemos dejar de poner de manifiesto que resulta contrario a la buena fe procesal y por completo contradictorio, manifestar todos aquellos compromisos a presencia judicial en el proceso precedente, compromisos que determinaron en gran medida el sentido del fallo (es claro que si no tuviésemos garantizada la relación con el padre por medio del régimen de visitas, la decisión de custodia podría perfectamente haber sido otra) y sostener ahora, en este proceso, que el régimen de visitas allí reconocido ha de suspenderse por circunstancias o hechos que, en su mayor parte, concurrían ya en aquel momento, momento en el que Doña Rosalia no tuvo inconveniente en asegurar que la relación paterno filial se garantizaría. Luego, si en ese momento no solo no encontró obstáculo alguno a tal relación, sino que, hemos de insistir en ello, se mostró dispuesta a facilitar y garantizar el contacto padre hijo vía carta, teléfono e Internet y propuso un régimen de estancias con el progenitor, no puede ahora traer a colación hechos que, de haber existido, necesariamente tuvieron que haberse alegado en el proceso precedente. Ello salvo que las circunstancias del progenitor o del niño hubiesen cambiado con posterioridad. Sobre esto volveremos más adelante. "

TERCERO. A continuación la sentencia de instancia expone cómo a través de la prueba documental y del propio desarrollo del proceso en primera instancia, quedó plenamente acreditado el total y grave incumplimiento por parte de la madre de los compromisos asumidos que, como veremos, supone el incumplimiento grave de una obligación personalísima en perjuicio del menor. Dice la sentencia de instancia, y no resulta en realidad controvertido en esta alzada pues se reconoce tal actuación incumplidora, lo siguiente:

*"El proceso de ejecución forzosa de la Sentencia de divorcio (autos nº 1300/2006 de este Juzgado) es clara muestra de ello. Y así:*

1º.- Por auto de 15 de diciembre de 2006 se requirió a Doña Rosalia para que facilitase una dirección de internet y un teléfono que no fueran los suyos personales para dar cumplimiento al régimen de comunicación judicialmente establecido (requerimiento que fue atendido por medio de escrito de fecha de entrada 21-12- 2006). Esta circunstancia (que la dirección de correo electrónico y de Internet no fuese personal de la progenitora) se debió a la necesidad de compatibilizar las medidas civiles con lo ordenado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pontevedra en auto de 1 de febrero de 2006 , en el que se sujetó la suspensión de la pena impuesta por Sentencia de la misma fecha al cumplimiento por parte de Don Vidal de las siguientes condiciones: prohibición de acudir al domicilio de la víctima o de acercarse a este o a aquella a menos de 200 metros y de comunicarse con ella por cualquier medio durante el plazo de dos años de suspensión y participación en un programa formativo de educación sobre las consecuencias de la violencia de género. Hemos de hacer constar que constan en autos de ejecución testimoniados en el presente, los justificantes de asistencia firmados por el Equipo Técnico encargado de la aplicación de la medida penitenciaria; la certificación emitida por el Jefe de Servicio Social Penitenciario de Pontevedra, conforme a la cual Don Vidal cumplió la medida impuesta en la ejecutoria 71/2006 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Pontevedra, finalizando el proceso de intervención en el Programa de Reeducción al que dicho documento se refiere el 26-12-2007 y el auto dictado el 21 de febrero de 2008 por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Pontevedra , en el que se acuerda la remisión de la pena de cuatro meses de prisión impuesta al penado, así como la cancelación de la inscripción hecha en la sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes, "cuyo antecedente penal no

se tendrá en cuenta a ningún efecto".

En el mismo auto anterior se requirió a Doña Rosalía para que indicase el día y la hora en la que sería entregado el menor a su padre para dar cumplimiento al régimen de visitas de las vacaciones de Navidad, igualmente reconocido en sentencia. Esta indicación nunca se produjo.

2°.- El 15 de febrero de 2007 se volvió a dictar auto en cuya fundamentación jurídica se decía:

*(...) Considerando, pues, que el compromiso de la ahora ejecutada era serio, fundamentamos nuestra convicción.*

*Lo que no es de recibo es que, una vez se alegan determinadas circunstancias para llevar al convencimiento del Juez la bondad de la medida que se postula (en este caso, la disponibilidad de la madre para que la relación padre hijo fuese efectiva no obstante el desplazamiento de domicilio a otro país) y una vez se dicta resolución judicial, se aleguen obstáculos para el cumplimiento de la palabra dada y judicialmente llevada al fallo de la Sentencia, cuyo conocimiento era posible para la ejecutada en el momento en que se comprometió. No tenemos por qué dudar de que Doña Rosalía quiera dar cumplimiento a la sentencia, pero el hecho es que no lo hace y que ello únicamente redunde en perjuicio de su hijo y del derecho que éste tiene a relacionarse con su padre para conseguir así, con la figura materna y también paterna, su adecuado desarrollo".*

*Por ello, en la parte dispositiva de este auto se volvió a requerir a Doña Rosalía para que cumpliera en sus estrictos términos la sentencia de 12 de junio de 2006, bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, podrían acordarse nuevas medidas a través del procedimiento correspondiente, que modificasen, si fuera necesario, el actual sistema de guarda y custodia del menor, hijo común de los litigantes.*

3°.- El requerimiento anterior hubo de reiterarse por medio de auto de 15 de mayo de 2008, en los términos que ya conocemos, esto es, para que Doña Rosalía indicase día y hora de entrega del menor para el cumplimiento del régimen de visitas en verano de 2008, bajo apercibimiento de iniciar un procedimiento de modificación de medidas del actual sistema de guarda y custodia, sin volver a llevar a cabo ningún tipo de requerimiento. Muestra evidente, esta parte dispositiva, de que la eficacia de tales requerimientos era nula.

4°.- Finalmente, por medio de providencia de 9 de marzo de 2009, visto el estado de las actuaciones, se acordó requerir al ejecutante para que manifestase si mantenía interés en la continuación de la ejecución, dictándose finalmente auto de 30 de marzo de 2009, en el que, a la vista de que el propio ejecutante consideraba que el procedimiento de ejecución había quedado sin objeto al no haber podido conseguir a su través ejercer el régimen de visitas judicialmente reconocido y dado que había presentado ya demanda de modificación de medidas, se acordó el archivo de las actuaciones.

*En definitiva: el cumplimiento del régimen de visitas paterno filial no fue posible, ni siquiera por la vía de la ejecución forzosa de la Sentencia en la que fue reconocido. Y no se diga que esta situación de incumplimiento obedeció a la imposibilidad de salir de Estados Unidos. Aun en la hipótesis más favorable a Doña Rosalía, resulta poco verosímil y, en todo caso, carente de respaldo probatorio que estaba a su alcance aportar, que la situación administrativa en la que se encontraba inicialmente en el país de su residencia actual (necesidad de que un solicitante de residencia en dicho país permanezca en él hasta que el expediente que se tramita a tal fin llegue a su término) se haya perpetuado hasta el momento de presentación de la demanda y mantenido durante la tramitación del presente proceso. Y, como es obvio, tampoco es justificación de este incumplimiento la escasa relación padre-hijo, cuando ha sido la progenitora la que, desde el dictado de la sentencia de fecha 12 de junio de 2006, ha contribuido esencialmente a que una situación que en esa fecha era perfectamente corregible (no de otro modo concebimos que se haya ofrecido en aquel entonces un régimen de vistas paterno-filial como el que sugirió y se comprometió a facilitar) no haya evolucionado de la forma esperada y esperable. Si los particulares del proceso de ejecución que antes dejamos reproducidos pudieran dejar dudas a este respecto, basta con repasar las diferentes providencias que se han dictado en este procedimiento, a través de las cuales esta Juzgadora exteriorizó la relevancia del comportamiento procesal de Doña Rosalía, para comprender que, incluso así, Doña Rosalía no está dispuesta a cumplir el mandato judicial contenido en la sentencia de divorcio. La última*

*manifestación de su falta absoluta de colaboración en este proceso la tenemos en el hecho de no haber hecho nada por que su hijo compareciese el 1 de julio de 2010 en el Punto de Encuentro Familiar, como así se acordó en el acta de juicio de 8 de febrero de 2010, acto procesal que fue suspendido una vez su Letrado (del que no se reprocha en absoluto falta de colaboración) manifestase el compromiso de Doña Rosalía de cumplir el régimen de visitas paterno-filial entregando al menor el día 1 de julio a las 17 horas en el Punto de Encuentro, a fin de que pasase las vacaciones de verano con su padre, dando además cumplimiento hasta esta fecha a su obligación de facilitar la comunicación padre-hijo, vía Internet y telefónica. Ante tal compromiso, todas las partes acordaron posponer la celebración del acto del juicio al día 5 de julio de 2010, de tal forma que si Doña Rosalía no daba cumplimiento a su obligación de traer al niño a España para hacer efectivo el régimen de visitas de verano, dicho acto procesal se celebraría en aquella fecha -como así sucedió- y si cumpliera su obligación, se valoraría por el padre la continuación o incluso el desistimiento. La decisión de posponer el juicio cuando el demandante ha estado tanto tiempo sin ver a su hijo obedeció, como así deja traslucir el acta, a un último intento de que Doña Rosalía recapacitase sobre la situación que provocaba y sobre la importancia de dar cumplimiento a la sentencia judicial. Medida que, a la postre, careció de efecto alguno .".*

En sede de recurso se alega por la parte apelante que se ha acreditado documentalmente la necesidad del menor de seguir tratamiento psicológico y psiquiátrico en USA derivado del maltrato recibido en España por su padre, así como que éste en ningún momento se ha puesto en contacto con su hijo cuando se le facilitó un correo electrónico.

Respecto de la primera cuestión, no puede estimarse acreditado tal extremo. En ningún momento aparece ese supuesto maltrato paterno en el proceso de divorcio a través del informe del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados. Es más, en el informe emitido por tal órgano especializado el 8 septiembre 2009, se señala que el padre reúne las condiciones para hacerse cargo de sus cuidados (folio 229), ratificado en el acto del juicio. El documento aportado por la parte apelante en el proceso como informe de profesionales acreditativo del maltrato, carece de valor probatorio cuando no se ha existido posibilidad de contradicción y ratificación en el presente proceso. No puede pretenderse introducir como prueba documental acreditativa de lo anterior lo que tenía que acceder al proceso como prueba pericial al pretender aportar unos conocimientos científicos o técnicos relevantes para resolver cuestiones centrales del proceso (art. 335 LEC).

Por el contrario, ni en primera instancia, ni en sede de apelación, a pesar de acordarse de oficio por este Tribunal mediante Auto de 24 marzo 2011 , prueba pericial a practicar por el equipo Psicosocial, para emitir informe sobre las circunstancias que rodean el supuesto, la conveniencia de traslado del menor a España e idoneidad de ambos progenitores sobre ejecución de la patria potestad y custodia, ha permitido la apelante la práctica de dicha prueba, impidiendo de forma voluntaria y obstinada, la práctica de pruebas esenciales para lo ya indicado y, como veremos, para poder valorar nuevamente con elementos actuales, el interés del menor.

La imposibilidad de viajar de Estados Unidos a España por problemas legales de residencia no pueden entenderse que se hayan mantenido durante todo este tiempo, de haber sido cierto en algún momento.

Respecto de la segunda cuestión, resulta evidente el interés del padre en retomar el contacto y la relación con su hijo, no cejando en su empeño en seguir constante y paciente, contemplando en todo momento lo más beneficioso para su hijo, todos los pasos necesarios para retomar dicha relación. Buena prueba de ello son las múltiples actuaciones judiciales que ha tenido que impulsar para ello. No es de recibo acudir a ramplonas imputaciones de no utilizar un correo electrónico cuando la madre ha frustrado e impedido de forma obstinada y contumaz todo contacto o relación del hijo con su padre a través del medio más y mejor indicado para ello, el contacto personal en el régimen de visitas.

CUARTO. Es evidente que el legislador ha configurado las obligaciones derivadas del ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad y las derivadas de la guarda, custodia y régimen de visitas de los hijos menores dentro de las que denomina, en el art. 776.2ª LEC , " obligaciones pecuniarias de carácter personalísimo ", siendo cuestión pacífica en la doctrina y la jurisprudencia menor la de considerar que el deber de un progenitor de hacer entrega del hijo menor común al otro, en este caso para el disfrute

y cumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente, constituye una obligación de carácter personalísimo cuya ejecución forzosa está sometida a un régimen específico (art. 709 LEC), del que los apartados 2º y 3º del art. 776 LEC establecen reglas especiales.

En el supuesto que nos ocupa el progenitor que tiene la guarda y custodia ordinaria del menor tiene la obligación exigible al progenitor custodio, deudor de la prestación dada su naturaleza de hacer personalísimo, de colaborar activamente para que la prestación resulte efectivamente cumplida, implicando ese deber de colaboración, negativamente, la evitación de conductas obstaculizadoras tendientes a evitar conductas obstaculizadoras que dificulten o imposibiliten la entrega del menor, y positivamente, la adopción de comportamientos y actitudes favorables al desarrollo de la comunicación paterno filial.

Como se ha puesto en evidencia en los fundamentos precedentes, el incumplimiento de tal obligación por el progenitor custodio ha sido total, impidiendo desde el año 2006 cualquier contacto entre padre e hijo, incumpliendo, como se ha dicho, esa fundamental obligación como progenitor custodio, con el consiguiente efecto de privar al menor, de forma total y absoluta, de la figura paterna.

Frente a comportamientos obstructivos la LEC prevé, como medida para forzar el cumplimiento, la imposición, de forma facultativa, de multas coercitivas (art. 776.2ª LEC). Pero para supuestos como el presente de incumplimiento reiterado del régimen de visitas, la medida que prevé, y con la que ha sido apercibida pacientemente en diversas ocasiones la parte apelante, es la modificación del régimen de guarda y visitas (art. 776.3ª LEC). Si algún supuesto es merecedor de la aplicación del cambio previsto en la citada norma, es el que ahora nos ocupa.

Ello no obsta a que, tal medida, tenga que ser también la adecuada en relación con el principio que rige esta materia como es el beneficio o interés del menor, el *favor filii*.

Debe tenerse en cuenta el interés prevalente del beneficio del menor, que constituye principio informador en nuestro ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto, entre otros, en los artículos 79, 82.2 y 4, 84 párrafo segundo, 86.5, 87, 90 a 94, 103, 110, 111, 116 a 141, 142 a 152, art 154, que establece el ejercicio de la patria potestad en beneficio del menor, art 159, 166 y 170, a los que pueden sumarse al más alto rango normativo el art 39 CE, y los arts 3 y 9 de la Convención sobre Derechos del niño, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20-11-1989. Finalmente el interés y beneficio del menor, ya proclamado desde antiguo por la Jurisprudencia, se ha plasmado, además de en las normas indicadas, en una norma especial al respecto como es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que reitera el "*favor filii*" como principio general en su artículo dos.

Un primer acercamiento a este principio en el supuesto que nos ocupa nos lo ofrece la norma prevista en el art. 776.3ª LEC, el cambio del régimen de guarda ante el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas. Qué duda cabe que el legislador ha considerado que la vulneración de tal régimen, en este caso fijado por resolución judicial en que se ha valorado que el interés del menor se satisface con el cumplimiento del régimen de guarda y visitas que en ella se establece, su vulneración de forma reiterada es, como regla general, contraria al interés del menor. No se trata de una "*sanción*" contra el progenitor incumplidor, sino una medida en defensa del interés del menor.

Ciertamente la norma es una concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, del niño. Este concepto no debe ser interpretado de una forma estática, sino que debe entenderse en una forma dinámica, flexible, de manera que nos permita ir perfilando en cada supuesto la aplicación de aquella cláusula general. En la doctrina autorizada se ha hecho hincapié en que dicho concepto no es nada más que la seguridad de la protección de los derechos fundamentales del menor, debiendo partirse de la proyección de futuro de manera que pueda considerarse como una fórmula destinada a facilitar la formación del menor y diseñar las líneas de desarrollo de su personalidad (arts. 10, 39.3 y 39.4 CE).

Por otro lado, como ya hemos señalado, estamos ante un concepto jurídico indeterminado que necesita ser concretado en cada situación específica.



QUINTO.-En realidad a lo largo del proceso lo que se ha acreditado es un incumplimiento total de las obligaciones personalísimas de la progenitora custodia que ha impedido el cumplimiento del régimen de visitas con el progenitor no custodio durante varios años, concretamente desde septiembre de 2006 hasta la actualidad. No existe motivo que justifique tal incumplimiento contumaz y rebelde. El efecto que provoca dicho incumplimiento es la privación al menor de la relación paterno filial con su progenitor no custodio. Relación que ha sido considerada de elemental interés del menor en la resolución que lo establece y, como es sabido y reitera continuamente la Jurisprudencia, dicha relación es elemento fundamental para el desarrollo de la personalidad del menor.

Por otro lado, a pesar de las diversas expectativas procesales que se han puesto a disposición de la apelante para poder practicar las pruebas periciales que puedan llevar a la convicción de este Tribunal sobre la actual realidad familiar y social del menor, no han podido concretarse por los tan reiterados incumplimientos de la apelante. De forma que lo único que sabe el Tribunal sobre el menor es que convive en Estados Unidos (New Jersey) con su madre, el compañero de ésta y una nueva hermana nacida no hace aún un año, pero se desconoce el alcance de esa convivencia como el estado actual de integración del menor en un país extranjero. Nada sobre eso se sabe ni, por lo tanto, se puede valorar.

La conclusión es que la situación actual de privación absoluta de la figura paterna mediante el incumplimiento reiterado del régimen de guarda y visitas establecido en resolución judicial implica un perjuicio muy grave para el menor, afectando a su derecho fundamental a mantener esa relación con su progenitor. Y este es el interés del menor que debe ser protegido en el presente caso. Para su aplicación y ejecución no ha dejado la parte apelante otra vía de solución que la modificación del régimen de visitas a que se refiere el art. 776.3º LEC , modificando el régimen de custodia que se atribuye ahora al padre, lo que no ha de privar al menor de su relación con la madre, hasta ahora progenitora que ostentaba la guarda y custodia ordinaria, ya que dependerá de ella misma su disposición para mantener la relación con su hijo, eso sí, desde la situación de progenitor no custodio.

Científicamente no se ha proporcionado en autos ni un solo argumento que aconseje que el niño no quede bajo la custodia del padre, al contrario, será de todo punto aconsejable para el menor mantener ambos referentes, el del padre y el de la madre; ella, la recurrente debe tener en cuenta que el niño, su hijo, de momento y mientras es menor, sólo genera "obligaciones" para la misma que no derechos, en consecuencia y como no es un "bien" de igual naturaleza que aquéllos que integran el patrimonio, deberá ser educado CONTANDO con la voluntad de su padre, es decir, que no concurriendo circunstancias que aconsejen actuar de otra manera, sus decisiones deben contar con el respaldo paterno y a la inversa por mucha vinculación que tenga con su madre.

El hijo común, ha de ser educado por el padre y por la madre, de tal manera que en TODO CASO ha de evitar tomar decisiones UNILATERALES que no le competen en relación al niño del que sólo ostenta la custodia, puesto que la patria potestad esta atribuida a ambos progenitores. Las decisiones de la madre, sin duda, bienintencionadas, no siempre tienen que ser compartidas por el padre, ni en su caso, por los tribunales, que ostentan una posición objetiva e imparcial, desde luego, aunque a ella se lo parezcan, no tienen que ser las más adecuadas para su hijo. En el caso de que no se logre un acuerdo sobre algún punto en relación a la educación del menor, habrá que acudir al correspondiente procedimiento judicial. Ni que decir tiene que si el apelado no ha conseguido ver a su hijo desde hace más de cinco años, dicha posibilidad es inexistente.

Decíamos en nuestro Auto de abril de 2006 que "siguiendo los criterios de la STS de 2 de marzo de 2001 resulta que el contacto de los hijos con el padre ha de ser beneficioso para ellos en cuanto aceptación de la realidad y el percibo del cariño y atención del otro progenitor; ello solo tiene valor, si se reanuda lo antes posible, pues este es el momento en el que cabe adoptar disposiciones sobre los hijos, aun en contra de la voluntad de los mismos, pensando siempre en su beneficio, porque luego mas tarde ya serán ellos los que decidirán por sí solos.

(...) No desconoce la Sala que en los casos de crisis matrimonial no sólo tienen lugar una separación de "cuerpos" en la pareja, sino también en la mayoría de los casos, que ello se produce porque se tienen formas distintas de enfrentarse a la vida que hace cesar es proyecto inicial común. Pues bien, no cabe duda que ello se refleja en los hijos, que inevitablemente sufren las

consecuencias de esa situación, y no pueden los padres ni pedir al Derecho, que se actúa a través de los Tribunales, que resuelva esa situación de orden moral o de escala de valores que SOLO a ellos incumbe transmitir a sus hijos fundamentalmente con su ejemplo, ni tratar de imponer a su ex-cónyuge un determinado comportamiento educativo (dentro de los parámetros de la normalidad, naturalmente), precisamente porque la formación integral del niño contempla la presencia de sus dos progenitores con sus diferencias pero que se deben complementar, siendo, por último, de la responsabilidad de ambos el tratar de coordinar esta situación en armonía, evitando soluciones drásticas que únicamente perjudican a sus hijos como claramente se evidencia en el caso concreto."

Tales consideraciones son igualmente aplicables al procedimiento que ahora nos ocupa, de hecho lo que subyace en el fondo, y que el Derecho no alcanza ni podrá corregir, porque pertenece al ámbito de la responsabilidad familiar, sentido común, respeto y armonía en la convivencia, es, de un lado, la consideración de los niños como, permítasenos la expresión, "bien fungible" susceptibles de acomodación en un lado u otro según la conveniencia de los padres; y de otro lado, el desprecio en unos casos, el olvido en otros, por parte de los progenitores a la obligación que les incumbe de proporcionar a su hijo una formación integral y humana en el seno de una sociedad, ya de por sí difícil en condiciones de normalidad, sobre todo cuando en el caso, la pequeña podría mantener una buena relación con ambos. Deben dejarse de lado los egoísmos personales y los falsos paternalismos, propios de la condición humana pero que llevados a extremos injustificados repercuten en la familia, especialmente en nuestro caso, separando al hijo del trato con su padre sin motivo alguno y sometiéndole, sin duda, a una tensión muy perjudicial en las expectativas de su formación. No se comprende que la educación del menor sea integran sin el referente de su padre.

Llegados a este punto, y para concluir, el Tribunal tiene la firme convicción que la única perspectiva a atender, reiteramos es la del menor, su interés y formación integral a la que puede y debe colaborar el padre salvo que existan argumentos de peso que justifiquen la adopción de otra medida, de no ser así se estaría privando al menor de un derecho, esto es de darle la oportunidad de persistir en la relación paterna, que da muestras de querer actuar como tal, debiendo dejar que éste también colabore activamente en la educación, que desde luego, también incluye el ejercicio de la custodia y estancia en su compañía, ayudándole a superar, lo mismo que ha hecho su madre hasta ahora, las dificultades de la vida en cada momento, enseñándole - pues ya tiene juicio para ello - que también puede obtener en su padre el mismo amparo y protección que con su madre, y lo que la Sra. Rosalia ha de respetar. El comportamiento de Doña Rosalia en relación con el cumplimiento del régimen de visitas paterno filial se ha traducido en la ausencia de relación padre hijo durante un período de tiempo que dura más de lo que las circunstancias aconsejan, es más, creemos que queda ya poco tiempo para que el niño no sufra de manera definitiva en su vida la ausencia de su padre y se vuelva ya dicha relación irrecuperable y si con el sistema de guarda y custodia establecido no podemos garantizar la relación del niño con su padre cuya más frecuente presencia aquél no puede demandar porque no se le ha dado oportunidad de profundizar en la relación nos parece claro, sin necesidad de demasiado esfuerzo argumentador, que no podemos mantenerlo y tutelarlos jurisdiccionalmente máxime si reúne las condiciones necesarias para poder ocuparse de su hijo, comprometiéndose a facilitar las relaciones materno filiales, la conclusión obligada es la de atribuir al progenitor la guarda y custodia de su hijo.

En modo alguno ha quedado acreditado, más allá del cambio que implicará para el menor, pero que también en su día lo supuso cuando cambió su residencia a un país extranjero en compañía de su madre y nadie opuso por ello un perjuicio para el menor, el regreso a su país de origen bajo la custodia de su padre que ha demostrado un evidente interés por recuperar la relación con su hijo que le fue arrebatada, que tal cambio suponga un perjuicio contrario al interés del menor.

SEXTO. De conformidad con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC la desestimación del recurso conlleva la imposición de costas a la parte apelante sin que existan argumentos en que, por razón de la materia, pueda eximirse de las mismas dadas las concretas circunstancias del caso en que no ha puesto más que obstáculos en el devenir del proceso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Doña Rosalia contra la sentencia de fecha 26 de julio de 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 Pontevedra en el proceso sobre modificación de medidas definitivas nº 1141/08 , confirmándose en su integridad la meritada sentencia, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

### VOTO PARTICULAR

QUE EMITE EL MAGISTRADO D. FRANCISCO JAVIER VALDÉS GARRIDO EN EL ROLLO 11/2011 QUE DIMANA DE AUTOS DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DEFINITIVAS 1141/2008 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 1 DE ESTA CIUDAD.

A consecuencia de disentir de la mayoría, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 206 y 260 de la LOPJ y 203 y 205 de la LEC y entender que la sentencia de apelación debía de tener el contenido y pronunciamientos que a continuación se expresan.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La materia sobre la que versa el presente recurso de apelación es delicada, no solo por afectar a la custodia de un menor en el concreto ámbito de un procedimiento de modificación de medidas en que por el progenitor no guardador se solicita el cambio de custodia atribuida a la madre del niño, sino también por las especiales connotaciones que el caso sometido a enjuiciamiento encierra, a saber, incumplimiento por la madre, residente con el niño en EEUU desde el verano del 2006, del régimen de visitas establecido a favor del padre, residente en España, que no ha vuelto a ver a su hijo, de actualmente nueve años de edad, desde el traslado del menor al extranjero, esto es, desde hace cinco años, y que, con anterioridad, había tenido poca relación con el mismo, debido a la pronta separación de hecho de los progenitores formalizada judicialmente cuando el niño contaba un año y nueve meses de edad, con establecimiento por aquél entonces a favor del padre de un régimen de visitas mínimo. A lo que cabe añadir la imposibilidad de disposición de un informe psicosocial valorativo de la situación actual del menor con las subsiguientes conclusiones acerca de lo que cupiera estimar más beneficioso para el mismo al igual que de la práctica de la oportuna exploración judicial del niño.-

Todos los reproches y censuras al comportamiento de la madre, tanto por incumplir el régimen de visitas, privando al menor del amparo y disfrute de la figura paterna, como por no permitir primero al Juzgado y luego a esta Sección de la Audiencia Provincial la práctica de los medios de prueba más idóneos para poder decidir el conflicto con mayores y mejores elementos de juicio, los suscribo y siempre me parecerán pocos. Está claro que la madre ha subordinado el interés del hijo al propiamente suyo.-

No obstante, en la tesitura en la que nos encontramos, de tener que decidir sobre el pretendido cambio de custodia, por más que la madre venga sistemáticamente incumpliendo el régimen de visitas, lo que en último término ha de ponderarse y debe decantarnos en orden a adoptar la decisión más adecuada y acorde con el ordenamiento jurídico es el interés superior del menor.-

Postulado o principio del "favor filii" a todas luces incuestionable.

Con lo cual la procura de una solución a la actitud obstruccionista de la madre en relación al cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor del padre en ningún caso puede deparar un mayor daño al menor que el perjuicio preexistente que con la adopción de aquella se trata de eliminar.-

En tal sentido, la STC núm. 176/2008, de 22 de diciembre , viene a señalar que " El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos

encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada. Por otra parte, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse (STC 221/2002, de 25 de noviembre; en el mismo sentido STC 71/2004, de 19 de abril)".

En cuanto a los pertinentes criterios a tener en cuenta por los Tribunales para la determinación en concreto del interés del menor, cabe citar, entre otros y como más relevantes, los siguientes: 1) los deseos y sentimientos del niño; 2) sus necesidades físicas, educativas y emocionales; 3) el efecto probable de cualquier cambio de situación (cambio de residencia, estudios, amigos y personas con quién se relacione); 4) su edad, sexo, ambiente y cualquiera otra característica que se considere importante a juicio del tribunal; 5) el riesgo de peligro para su salud y desarrollo; y 6) la capacidad de cada progenitor para satisfacer sus necesidades.-

El progenitor demandante sustenta la solicitud de cambio de custodia exclusivamente en el incumplimiento del régimen de visitas por parte de la demandada guardadora. No aduciendo ningún otro tipo de motivo o razón.-

Aún cuando es cierto que el art. 776-3º LEC establece como una de las especialidades de la ejecución forzosa de los pronunciamientos jurisdiccionales sobre las medidas de contenido personal o patrimonial que acompañan a las resoluciones en materia de separación, divorcio o nulidad matrimonial la posibilidad de que se modifique el régimen de guarda o el de visitas o comunicaciones en el caso de que se produzca una situación de incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas para los cónyuges del régimen de visitas, ha tenerse presente, en la línea que se viene sosteniendo, que dicha modificación debe estar siempre subordinada al superior interés del hijo, ya que el beneficio de éste es el principal criterio al que debe atenderse para la adopción de las medidas judiciales sobre su cuidado y educación, conforme a lo previsto en los arts. 92 párrafo 2º del CC, 2 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.-

De tal modo que, en el supuesto examinado, radicando en su momento (proceso de divorcio de los esposos contendientes) la decisión de atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo común en la existencia de un fuerte vínculo afectivo del menor hacia su progenitora - que, cual ordinariamente ocurre en estos casos y edades, es de suponer no solo se haya mantenido durante estos últimos cinco años de convivencia en el extranjero sino que se haya potenciado y reforzado-, así como producida la integración del menor en la forma de vida de su actual país de residencia (EEUU), incluyendo en esto aspectos tan importantes como los relativos a la alimentación, estudios, formación, hábitos sociales y círculo de amigos, no se considera procedente derivar el cambio de custodia pretendido y acordado por el Juzgado de la sola situación de incumplimiento del régimen de visitas por parte de la madre guardadora, por considerarlo contrario a los intereses del menor, acostumbrado desde siempre a vivir en compañía de su madre y cuya relación con el padre ha sido muy escasa, al punto de estimar racionalmente, según las normas de la común experiencia, que para el menor supondrá un auténtico trauma el verse sometido al cambio de custodia, con lo que ello a mayores conlleva de 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.-

Tal problema de falta de familiarización del niño con el padre es asumido por la propia juzgadora de instancia en su sentencia, disponiendo a tal efecto el establecimiento del cambio de custodia de forma progresiva, con un periodo intermedio de transición hacia el sistema de custodia paterno, a desarrollar en España, de una duración mínima de seis meses, en que el menor seguirá viviendo con la madre, lo que se presenta inviable, al requerir una colaboración de la demandada de mucho mayor desprendimiento y esfuerzo a la que hasta ahora se le ha venido solicitando de manera absolutamente infructuosa.-

Por lo demás, es de advertir que no se han agotado todos los medios disponibles para tratar de conseguir el efectivo cumplimiento del régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio, consistentes en la exigencia de responsabilidad penal a la

progenitora incumplidora (arts. 556 y 622 CP), la imposición a la misma de multas coercitivas (art. 776-2° LEC), o el requerir la cooperación de las correspondientes Autoridades centrales para procurar hacer efectivo el derecho de visita (arts. 1,7 y 21 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 , sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores).-

Es por ello por lo que considero que el recurso de apelación formulado por la madre guardadora debió de prosperar y, en tal sentido, que debió de dictarse un pronunciamiento desestimatorio de la demanda promovida por el progenitor no guardador en pretensión del cambio de custodia del hijo común, sin perjuicio del despliegue de los oportunos medios tendentes a procurar la consecución de la efectividad del régimen de visitas establecido a favor del padre.-

En consecuencia, el fallo tendría que haber sido el siguiente:

#### FALLO

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada doña Rosalia y se revoca parcialmente la sentencia de instancia impugnada, y, consiguientemente, se desestima la demanda de modificación de medidas promovida por don Vidal contra doña Rosalia , absolviendo a dicha demandada de las pretensiones contra la misma formuladas en la referida demanda, manteniendo en lo demás los pronunciamientos de la resolución apelada; todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales de la presente alzada.-