

Autor: Juan Pablo González del Pozo, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nú. 24, de Familia, de Madrid

Editorial: El Derecho Editores

Diario de las Audiencias y TSJ El Derecho, nº 489, pg. 1

Ámbito: Jurisprudencia

Jurisdicción: CIVIL

Fecha de publicación: 21 de abril de 2006

ÍNDICE

I. Introducción.....	1
II. Las causas del incumplimiento de su obligación por el progenitor custodio.....	1
III. La naturaleza jurídica de la obligación.....	3
IV. El objeto de la obligación: deberes del progenitor guardador y deberes del no guardador.....	4
V. Valoración judicial de los actos impeditivos del progenitor custodio o de la negativa, inducida, del hijo, como incumplimientos del custodio.....	5
VI. Las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del incumplimiento de la obligación.....	5
a. Inaplicabilidad de la sustitución por el equivalente pecuniario.....	6
b. La imposición de multas coercitivas mensuales.....	6
c. La modificación del régimen de guarda y visitas en los supuestos de incumplimiento reiterado.....	6
VII. Una posible ejecución forzosa “in natura”: la compensación de días de visitas perdidos por el progenitor no custodio con días de comunicación futuros correspondientes al progenitor guardador.....	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

RÉGIMEN DE VISITAS

INCUMPLIMIENTO POR EL PROGENITOR CUSTODIO

FICHA TÉCNICA

Legislación

Cita art.556, art.560, art.561, art.699, art.701, art.702, art.703, art.704, art.706, art.709, art.775, art.776 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. De Enjuiciamiento Civil

Cita art.18 .2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.94, art.154 .1, art.1104 de RD de 24 julio 1889. Año 1889. Código Civil

Comentario al AJº 1ªinst de Familia de Madrid 28 diciembre 2005 (1)

I. Introducción

De un tiempo a esta parte la práctica forense nos viene mostrando, en el ámbito de los procesos matrimoniales y de medidas de guarda relativas a menores no matrimoniales, un considerable aumento del número de casos en que, tras fijarse, en la sentencia o en el convenio regulador judicialmente aprobado, un régimen de comunicaciones y estancias de los hijos menores con el progenitor no custodio (en una abrumadora mayoría de casos, el padre), no es posible dar cumplimiento en la práctica a dicho régimen, debido a una actitud renuente o deliberadamente rebelde del progenitor guardador, que, bien se niega de forma explícita a hacer entrega de los menores, en el lugar día y hora predeterminados, al progenitor no custodio, para el ejercicio por éste de su derecho a comunicaciones y estancias, so pretexto de ser el menor el que rechaza y se opone a ir con su padre, bien se muestra formalmente dispuesto (cínicamente), a facilitar la ejecución, para después alfombrar de rémoras, trabas y obstáculos el normal desarrollo del régimen de comunicaciones establecido con el propósito de boicotarlo y hacerlo fracasar (2) .

II. Las causas del incumplimiento de su obligación por el progenitor custodio

No corresponde al jurista, sino a los profesionales de las ciencias de la conducta como la psicología o la sociología, el estudio y determinación de las

causas por las que, en determinados casos, producida la ruptura de la convivencia ente los integrantes de una unión matrimonial o de hecho con hijos comunes menores de edad, el progenitor guardador trata de impedir, por todos los medios a su alcance, sea de manera permanente o transitoria, sea con mayor o menor virulencia, que el progenitor no custodio mantenga un régimen normalizado y regular de comunicaciones y estancias con los hijos.

En una primera aproximación, sin intención alguna de profundizar en la cuestión, una de las causas que provocan ese tipo de conductas del progenitor custodio, tal vez la más frecuente en la práctica, es la utilización, de las comunicaciones de los hijos como elemento de presión o coacción para conseguir, del no custodio, determinadas pretensiones de tipo económico derivadas de la ruptura matrimonial, como las referidas a la liquidación de los bienes comunes, al pago de la pensión compensatoria o alimenticia o de los gastos extraordinarios generados por el menor. La instrumentación, por parte del progenitor custodio, de las visitas a los hijos como elemento de negociación o presión frente al no guardador, es moneda corriente entre progenitores mal avenidos. No es infrecuente que aquél justifique ante éste su negativa a que comunique con los hijos con expresiones de tenor parecido al siguiente: *“puesto que no me pagas la pensión de alimentos no tienes derecho a ver al niño”* o *“hasta que no demuestres querer realmente a tu hija, abonándome la mitad de los gastos extraordinarios que te reclamé, no vas a ver a la niña”*, etc. Este es un estadio de oposición a las visitas del progenitor no custodio que se caracteriza por no ser permanente, sino puntual o esporádico, y por tener una graduación de intensidad que se corresponde con la mayor o menor resistencia del chantajado a ceder a la extorsión. Los obstáculos al desarrollo pacífico de las visitas desaparecerán una vez que el custodio haya conseguido la contrapartida exigida como condición para la normalización, pudiendo reaparecer, eso sí, en cualquier momento posterior en que el progenitor custodio necesite plegar a los dictados de su voluntad la conducta del no custodio, para lo cual no dudará en blandir de nuevo, frente al no custodio, cual espada de Damocles, la amenaza de la supresión, de hecho, de las visitas con los hijos.

En este tipo de conductas del progenitor custodio subyace una concepción del hijo como un bien propio, de pertenencia exclusiva, que puede utilizar como arma arrojada contra el otro progenitor para solucionar los conflictos derivados de su conyugalidad o parentalidad, con claro menosprecio de los intereses, sentimientos y necesidades afectivas de los hijos menores, que no son sino víctimas inocentes de un conflicto no provocado ni deseado por ellos.

Estos comportamientos del progenitor custodio son claramente improcedentes y rechazables desde una perspectiva jurídica, en cuanto la obligación de un progenitor, de ordinario el no custodio, de abonar al otro pensiones alimenticias o compensatorias, o cualquier otra obligación de contenido

-
- 1) En la actualidad, la utilización de la denominación “derecho de visitas” para referirse a las comunicaciones y estancias que mantiene el progenitor no guardador con sus hijos menores, tras la separación o divorcio de los padres, es denostada, con toda la razón, por las asociaciones de padres separados y divorciados que atribuyen a dicha expresión claras connotaciones peyorativas y discriminatorias frente a las madres, las que, sociológicamente, ostentan, en la inmensa mayoría de los casos de separación y divorcio, la guarda y custodia exclusiva de los hijos menores, y ello en cuanto el verbo visitar significa, en su primera acepción, según el Diccionario de la RAE, 22ª edición, año 2001, “ir a ver a alguien en su casa por cortesía, atención, amistad o cualquier otro motivo”, trasladando la idea, coincidente además con otras acepciones del verbo, de contactos del padre con el menor rápidos, de corta duración y de escasa intensidad, similares a los de la visita domiciliaria del médico de asistencia pública domiciliaria al enfermo, o a las visitas de pura cortesía a alguien para conocerlo. Tal vez por ello el legislador, en la reciente modificación del Código civil llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, al reformar el apartado a) del artículo 90, 1 C.c., ha suprimido toda referencia a “las visitas” aludiendo tan solo a las comunicaciones y estancias del menor. Quiero dejar constancia de que, efectivamente, el empleo del giro “derecho de visitas” está cargado, en su uso sociológico, de connotaciones peyorativas y que, por eso, considero más adecuado hablar de derecho de comunicaciones y estancias con el menor. Si se mantiene en el título es porque tal denominación continúa siendo la más conocida, permite identificar claramente el tema del que se debate y su uso lingüístico es más breve y sencillo que el de la locución comunicaciones y estancias.
 - 2) No se examinan aquí aquellos supuestos, también numerosos en la práctica, en que, el incumplimiento del régimen de visitas, no se debe a un comportamiento o actitud del progenitor custodio, sino a la propia conducta del progenitor no custodio que provoca rechazo en los menores por causas diversas (trato humillante, rigor y disciplina excesivos, falta de habilidades básicas para interaccionar con los menores, abusos sexuales, etc) o a la propia actitud del menor, no inducida por el progenitor custodio, especialmente a partir de cierta edad (10,11,12 años, según los casos), en que el hijo rechaza la compañía del progenitor no custodio, por no serle grata la relación paterno filial a causa de motivos diversos (graves diferencias de carácter y personalidad, posturas irreconciliables sobre el uso del tiempo de ocio, resentimientos del hijo hacia el padre por hechos pasados que le resultaron especialmente dolorosos, etc).

Tampoco se plantea este artículo el estudio de los casos de falta de ejercicio, por parte del progenitor no custodio, de su derecho a mantener contactos con el menor. Aunque el de comunicaciones sea, en realidad, más que un genuino derecho subjetivo, un derecho-deber que se establece en función de los intereses y beneficio del menor, necesitado del contacto con la figura paterna para su adecuado desarrollo psicoafectivo y madurativo, que implica, en realidad un deber del progenitor de mantener contactos con su hijo para velar por él (Vid. Art.154,1C.c.), es lo cierto que ese deber paterno de comunicar con el hijo es incoercible, pues resulta imposible obligar coactivamente a un padre a relacionarse con su hijo, lo que no quiere decir, en modo alguno, que no produzca consecuencias jurídicas el incumplimiento, por parte del progenitor no guardador, de ese deber de relación, a veces debido a la pura desidia, a la mera comodidad o a impedimentos laborales

económico, y la obligación del progenitor beneficiario de permitir las visitas, no son obligaciones recíprocas que facultan a uno de los obligados, ex art. 1124 CC, a resolver la obligación para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. Sin embargo, la conciencia social justifica a veces este tipo de conductas del cónyuge guardador, en casos extremos, por motivos éticos, pues repugna a principios morales elementales, por ejemplo, que el padre se niegue, teniendo ingresos más que suficientes para hacerlo, a pagar la pensión alimenticia de los hijos, sometiendo a éstos a toda suerte de privaciones y carencias materiales en su vida diaria, y después exija ver a los mismos, según el régimen de visitas establecido, apelando a su deseo de mantener contacto con tales hijos para fortalecer sus vínculos afectivos, e invocando un deseo incontenible de materializar así su interés por velar por ellos.

CANTON DUARTE, CORTES ARBOLEDA Y JUSTICIA DIAZ (3) han resumido las distintas clases de situaciones relacionadas con la interferencia del progenitor custodio en el régimen de visitas en las tres siguientes:

a) La **Interferencia Grave**, que es definida por estos autores como una postura, no sistemática, que adopta el progenitor custodio mediante la cual se niega a la práctica de las visitas, de modo directo o mediante estrategias pasivas, motivada por un enfado con el otro progenitor debido a una cuestión puntual. En esta categoría cabe incluir, naturalmente, la utilización de las visitas como elemento de coacción o presión de un progenitor frente a otro.

b) El **Síndrome de Alienación Parental** (en lo sucesivo SAP) (4) que consistiría en la intención expresa de un progenitor, a cargo de la guarda y custodia del menor, por enfrentar a éste en contra del otro progenitor, de modo que el hijo llegue a elaborar una actitud de enfrentamiento injustificado con aquél. Las definiciones de SAP elaboradas por los autores varían según se pretenda describir el síndrome desde la perspectiva de la sintomatología que presenta el menor alienado que lo padece, o desde la del progenitor custodio y alienador, cuyo comportamiento lo provoca. GARDNER definió el SAP como un trastorno que surge, principalmente, en el contexto de las disputas por la guarda y custodia de los niños. Su primera manifestación es una campaña de difamación contra uno de los padres por parte del hijo, campaña que no tiene justificación. El fenómeno resulta de la combinación del sistemático adoctrinamiento (lavado de cerebro) de uno de los padres y de las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del progenitor objetivo de esta campaña (5) .

Entre nosotros, AGUILAR CUENCA (6) describe el SAP como un trastorno caracterizado por el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición. Este autor (7) distingue tres tipos de SAP: leve, moderado y severo. En el primero las visitas con el progenitor no custodio se producen, sin que haya grandes episodios de conflicto, aunque la campaña de denigración del progenitor no custodio ya ha comenzado. En el tipo moderado, las visitas con el no custodio comienzan a ser conflictivas, convirtiéndose en habituales los episodios de enfrentamiento, sobre todo en los momentos de entrega de los hijos. La campaña de denigración se intensifica u comienza a dar sus frutos. En el tipo severo, las visitas con el progenitor no custodio comienzan a ser imposibles, y, a veces, directamente, se anulan. La campaña de denigración es ya extrema y continua en el tiempo y en el espacio.

c) El **Síndrome de la Madre Maliciosa** (8) que consiste en el intento de la progenitora de castigar a su ex marido, sin justificación, interfiriendo en el régimen de visitas y acceso del padre a los niños, con un patrón estable de actos maliciosos contra éste, sin que este comportamiento se justifique por otro trastorno mental, aunque se pueda presentar simultáneamente.

Teniendo en cuenta que todos los expertos coinciden en recomendar al progenitor víctima del proceso de alienación, como medio de no perder irremediablemente a los hijos, no perder nunca el contacto con ellos, por más que el mismo sea de corta duración y pueda resultar afectivamente duro o distante para el progenitor, cobra especial importancia el examen de las soluciones jurídicas existentes frente al incumplimiento de su obligación de entrega de los menores por parte del progenitor custodio.

3) CANTON DUARTE, J.,CORTES ARBOLEDA, M.R. Y JUSTICIA DIAZ, M.D. en Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos. Edit. Pirámide, Madrid, 2000.

4) El primer autor que utilizó tal expresión y definió el Síndrome de Alienación Parental fue, en el año 1985, RICHARD GARDNER, profesor de Psiquiatría Clínica del Departamento de Psiquiatría Infantil de la Universidad de Columbia en un artículo titulado "Recent trends in divorce and custody litigation".Academy Forum 1985;29:2:3-7

5) GARDNER, R. (1992) en "The Parental Alienation Syndrome: A guide for Mental Health and Legal Professionals.Cresskill", NJ, Creative Therapeutics, 2ª edic.

6) AGUILAR CUENCA, JOSE MANUEL , en " S.A.P. Síndrome de alienación parental.Hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro", Almuzara, 2004, p.21.

7) AGUILAR CUENCA, J.M., op.cit. pp. 47-51.

8) Tal vez sería más adecuado denominarlo Síndrome del Progenitor Malicioso, para no herir los sentimientos de los colectivos defensores de derechos de las mujeres separadas y divorciadas.

III. La naturaleza jurídica de la obligación

Existe unanimidad en la doctrina en considerar el deber del progenitor, que tiene atribuida la guarda y custodia, de hacer entrega de los menores, en el lugar, día y hora establecidos, al progenitor no custodio, para que éste disfrute del derecho de visitas, comunicaciones y estancias establecido en la sentencia, como una obligación de hacer personalísimo cuya ejecución forzosa está sometida a un régimen específico (Cfr. Art. 709 LEC) para el que los apartados 2ª y 3ª del art. 776 LEC establecen reglas especiales.

Aun cuando, materialmente, la obligación no requiera forzosamente un hacer personalísimo del progenitor custodio, en la medida en que, el hacer en que consiste (entregar a los menores al otro progenitor), puede ser realizado por otra persona, como un abuelo del menor, o un tío, o incluso el hermano mayor de edad del propio menor, que podrían sustituir satisfactoriamente la actividad que se requiere del obligado, jurídicamente se considera tal actividad un hacer personalísimo, según se deduce de la interpretación conjunta de las reglas 2ª y 3ª del art. 776 LEC. La ley quiere, por tanto, que el hacer en que la obligación consiste (entregar a los menores al otro progenitor) sea realizado por el progenitor custodio, de modo que sólo excepcionalmente, por imposibilidad u otras causas, pueda el progenitor delegar el cumplimiento de tal obligación en un tercero, normalmente un pariente mayor de edad, salvo que la resolución judicial hubiere establecido otra cosa.

Ni siquiera permite la ley considerar el deber de entrega de los menores como una obligación de hacer no personalísimo. Por ello debe entenderse excluida la aplicación del art. 706 LEC, que autoriza al ejecutante para pedir, si el ejecutado no llevare a cabo el hacer no personalísimo en que la obligación consista en el plazo señalado por el Tribunal, que se le faculte para encargarlo a un tercero. De ahí que sea improcedente, como señala el auto que comentamos, la ejecución forzosa de la obligación, mediante la aprehensión material de los menores, en el lugar en que se encuentren, para su posterior entrega al otro progenitor, utilizando para ello efectivos de la Fuerza Pública, pues tal práctica podría ser atentatoria para la dignidad del menor, en ciertos casos, y es contraproducente, casi siempre, para el equilibrio psicológico del menor, como señala LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI (9) y explica la resolución del Juzgado 24. Piénsese, por otra parte, que la entrega de los menores a uno de los progenitores no puede ser objeto de ejecución forzosa por trámites similares a los de entrega de las cosas al acreedor, porque el necesario respeto a la dignidad de la persona que consagra el artículo 10 de nuestra Carta Magna obliga a respetar los deseos y sentimientos del menor y, si hubiere rechazo a la entrega, a analizar las causas que motiven la negativa del menor a ir con su padre. Al margen de lo anterior, en ningún caso cabría aplicar a la obligación que analizamos las normas contenidas en el Capítulo II, referido a “la ejecución por deberes de entregar cosas” (arts. 701 a 704) del Título V (“De la ejecución no dineraria”) del Libro III de la LEC puesto que los menores difícilmente pueden ser considerados ‘cosas’.

En cualquier caso, es evidente que el legislador ha considerado comprendidas las obligaciones derivadas del ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad (10) y las derivadas de la guarda (11) , custodia y régimen de visitas de los hijos menores dentro de las que denomina, en el art. 776,2ª de la LEC, “obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo”, obligaciones que no pueden ser otras que las de hacer personalísimo a que se refiere el art. 709 de la propia Ley Adjetiva, según resulta de las diversas clases de obligaciones no pecuniarias reguladas, a efectos de ejecución, en los capítulos II (“De la ejecución por deberes de entregar cosas”) y III (“De la ejecución por obligaciones de hacer y no hacer”) del Título V (“De la ejecución no dineraria”) del Libro III de la LEC.

Dentro de esas obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, derivadas de las medidas, establecidas en sentencia o convenio, relativas al ejercicio de patria potestad, guarda, custodia y régimen de visitas de los menores, obligaciones que constituirían un género, cabría distinguir, a efectos de ejecución, otra clase de obligaciones, que serían la especie: las derivadas del régimen de visitas a que se refiere el art. 776,3ª LEC. La especialidad viene determinada, precisamente, por las específicas consecuencias jurídicas previstas en la norma para el supuesto de incumplimientos reiterados de la obligación, que pueden dar lugar a la modificación del régimen de guarda y de visitas.

IV. El objeto de la obligación: deberes del progenitor guardador y deberes del no guardador

El auto que comentamos, en su razonamiento jurídico 3º realiza algunas interesantes aportaciones para la creación de un cuerpo de doctrina que permita fijar, de modo nítido, el contenido de la obligación personalísima a que nos referimos.

En lo concerniente a los deberes del deudor, el auto señala que la obligación exige del progenitor custodio, deudor de la prestación, dada su naturaleza de hacer personalísimo, un deber de colaboración para que la prestación quede efectivamente cumplida, implicando ese deber de colaboración, negativamente, la evitación de conductas obstructivas tendentes a dificultar o imposibilitar la entrega de los menores, y, positivamente, la adopción de comportamientos y actitudes favorables al desarrollo de la comunicación paterno-filial.

9) LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, MIGUEL, en “La ejecución de sentencias en materia matrimonial.” Ed.Colex, 1998, p. 69. , dice: “*La intervención de la Fuerza Pública suele ser traumatizante para los niños, entre otras cosas porque unen en su subconsciente a la Policía con la fuerza a realizar una cosa que acaso no desean, provocando incluso muchas veces la rebeldía ante la orden judicial*”.

10) Por ejemplo, la obligación que pesa sobre el progenitor custodio de comunicar al no custodio las enfermedades que padezca el menor para posibilitar que las decisiones de importancia que hayan de adoptarse en relación con la salud del mismo puedan tomarse conjuntamente, acudiendo al Juzgado en caso de desacuerdo.

11) Verbi gratia: La obligación del progenitor custodio de participar al no guardador la evolución escolar y académica del menor facilitándole las notas obtenidas en las distintas evaluaciones o exámenes finales. O la obligación de comunicar al progenitor no guardador los cambios de domicilio o residencia habitual del menor y su progenitor custodio, para posibilitar el cumplimiento del régimen de visitas.

El fundamento legal de ese deber de colaboración del progenitor deudor, para que la prestación se cumpla, radica en el deber de observar la diligencia exigible a todo deudor, en el cumplimiento de su obligación, que impone el art. 1104 CC (12). Esa carga, impuesta al progenitor custodio como deudor, de emplear la debida diligencia en el periodo de cumplimiento de la obligación para lograr que la obligación se cumpla, viene modulada por dos parámetros de conducta:

Que la conducta, a través de la cual se materializa ese deber de diligencia, sea una conducta racionalmente adecuada para lograr el cumplimiento, esto es, dirigida a provocar el cumplimiento como resultado. Conforme al art. 1104,1 CC, la *“que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”*.

Que el comportamiento realmente observado por el deudor para realizar la prestación debida (la entrega de los menores al otro) se ajuste al estándar de conducta de conducta ordinario, *“que correspondería a un buen padre de familia”*. El modelo de conducta exigible al progenitor custodio habrá de definirse en cada caso concreto con los datos de la propia obligación en el supuesto de que se trate: será necesario valorar las circunstancias del lugar de la entrega de los menores; del tiempo, para comprobar, p.e., si el retraso del no custodio en acudir a la recogida justificó la no entrega; la edad y deseo de los menores, etc.

Será la omisión de esa debida diligencia, por parte del progenitor custodio, la que permitirá determinar la existencia de dolo o negligencia del deudor en el incumplimiento de la obligación.

Por lo que se refiere a los deberes que debe observar el progenitor no custodio para posibilitar el cumplimiento de su obligación, por el progenitor custodio, es evidente el de personarse, en el lugar, día y hora establecidos para la recogida en la sentencia o convenio, para hacerse cargo temporalmente de la guarda del menor durante el periodo que le corresponda, pues la falta de cumplimiento de ese deber exime del cumplimiento de la obligación, por imposibilidad, al progenitor guardador. Junto a ese deber primario o elemental, también pesa sobre el progenitor no custodio el deber de comparecer en condiciones psíquicas y físicas idóneas para ejercer las funciones de guarda que ha de asumir a partir de la recogida de los menores. En caso de presentarse el progenitor custodio en condiciones que le incapaciten para asumir las funciones de guarda (P.e., muy debilitado por encontrarse bajo los efectos de una grave enfermedad, o con riesgo de recaídas que dejen en situación de práctico desamparo a los menores), decaerá la obligación de entrega de los menores por parte del progenitor custodio, al ser de aplicación preponderante en esta materia el superior interés del menor y la obligación de velar por él que corresponde a todo progenitor (art. 154-1º CC). No deberá ser entregado el menor si el progenitor no custodio presenta signos evidentes de embriaguez o intoxicación a causa de la ingesta de alcohol o drogas, presenta signos aparentes de enfermedad física o psíquica que le incapaciten, o concurre cualquier otra circunstancia de la que racionalmente pueda inferirse que la entrega representaría un riesgo o peligro cierto para el menor.

V. Valoración judicial de los actos impositivos del progenitor custodio o de la negativa, inducida, del hijo, como incumplimientos del custodio

Esta valoración judicial deberá hacerse, necesariamente, en todos aquellos supuestos en que, solicitado por el progenitor no custodio, conforme a lo prescrito en el art. 709 LEC, el despacho de ejecución para el cumplimiento de la obligación de entrega de los menores, para desarrollo del régimen de visitas, el ejecutado manifieste, dentro del plazo concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el art. 699 de la Ley Adjetiva, como motivos por lo que se niega hacer lo que el título dispone, aquellos hechos o circunstancias que, a su juicio, justifiquen la falta de entrega de los menores (Que los menores se niegan a ir con su padre; que el padre los maltrata o abusa de ellos; que no los atiende o cuida en debida forma; que los hijos estaban enfermos; que el padre llegó tarde a recogerlos y los menores ya habían abandonado el domicilio, etc).

La negativa a hacer lo que el título dispone conlleva, en realidad, formular oposición al despacho de ejecución (Ex arts. 709 en relación con el 699 y 556, todos de la LEC), aduciendo que no ha existido incumplimiento por parte del progenitor custodio o que no existía, en el caso concreto, tal obligación por concurrir causas que amparan su negativa a la entrega de los menores. Formulada oposición se sustanciará por los trámites establecidos en el art. 560 LEC y se dictará auto resolviendo la misma conforme dispone el art. 561. Será en dicho auto donde el Juez podrá valorar los actos impositivos u obstativos del progenitor custodio como incumplimientos de su obligación de entrega, e incluso la propia negativa del menor si hubiera sido inducida por dicho progenitor. Para efectuar esa valoración tendrá el Juez en cuenta la prueba practicada, de oficio o a instancia de parte, en relación con las causas obstativas alegadas (audiencia de los menores, informe pericial psicológico del menor, informe social, informes del Punto de Encuentro Familiar, etc), utilizando como parámetros para determinar la existencia de incumplimiento del progenitor custodio, la conducta realmente observada por éste en orden a la entrega efectiva de los menores, de una parte, y de otra, el estándar de conducta adecuado que, según las circunstancias concurrentes, debería haber observado un padre de familia para garantizar la entrega, con objeto de poder apreciar si el deudor empleó la diligencia adecuada y exigible al mismo en atención a las circunstancias existentes.

VI. Las consecuencias jurídicas que pueden derivarse del incumplimiento de la obligación

Para la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas definitivas, provisionales o cautelares, acordadas en los procesos matrimoniales o de menores, en que se impongan obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, establece nuestra LEC, en sus arts 709 y 776, regla 2ª, un régimen especial, que pasa a ser especialísimo cuando se trata de la ejecución de obligaciones derivadas del régimen de visitas, porque, en este último caso, a las especialidades previstas en la regla 2ª del art. 776, deben añadirse las establecidas, de modo específico para este tipo de obligaciones,

12) El artículo 1104 del CC establece: *“La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”*.

en la regla 3ª del mismo precepto.

De acuerdo con ese régimen las consecuencias jurídicas que pueden derivarse, para el progenitor custodio, en los casos de incumplimiento de la obligación de entrega de los menores son lo que se analizan, brevemente, a continuación.

a. Inaplicabilidad de la sustitución por el equivalente pecuniario

Apartándose del régimen general establecido, en el art. 709 LEC, para la ejecución forzosa de las obligaciones de hacer personalísimo, en que se concede al acreedor, una vez transcurrido el plazo concedido al deudor para que realice la prestación, la facultad de optar entre pedir que siga adelante la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo, el legislador parece haberse inclinado, en relación con la ejecución forzosa de las obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, establecidas en los procesos matrimoniales y de menores, por evitar la automática sustitución del incumplimiento por el equivalente pecuniario, es decir, por la conversión en indemnización de daños y perjuicios, ya que repugna a la naturaleza de este tipo de obligaciones que el deudor pueda liberarse de ellas mediante la entrega al acreedor de una cantidad de dinero en concepto de indemnización por resarcimiento de perjuicios, pues sería una burla a la justicia que el acreedor custodio pudiera ufanarse de incumplir su obligación y eximirse de la misma sustituyéndola por la de resarcir perjuicios, mientras el progenitor custodio ve transcurrir el tiempo, meses e incluso años, sin tener comunicaciones con sus hijos. Inspirándose en esa filosofía, la enmienda nº 607, referida al texto del art. 711 (obligaciones de hacer personalísimo) del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Socialista, establecía la improcedencia de la sustitución automática de las obligaciones de hacer personalísimo, por su equivalente pecuniario, “*en obligaciones relativas a derecho de familia o si con la indemnización no se satisficiera el derecho protegido o no se restableciera el derecho fundamental violado*”.⁽¹³⁾

b. La imposición de multas coercitivas mensuales

Dispone el art. 776,3ª LEC que “*En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del art. 709 y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto*”.

Resulta indudable la aplicabilidad de esta norma a los supuestos de incumplimiento, por el progenitor custodio, de la obligación a que nos venimos refiriendo, manteniendo las multas, si el obligado no diere cumplimiento a la obligación en ese plazo, más allá del año a que se refiere el art. 709.

c. La modificación del régimen de guarda y visitas en los supuestos de incumplimiento reiterado

Junto a la posibilidad de imposición de multas mensuales como sanción por el incumplimiento, la regla 3ª del art. 776 introduce otra posibilidad realmente novedosa: “*El incumplimiento reiterado del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas*”. Sobre las múltiples dudas que plantea esta norma haremos las siguientes consideraciones.

Por incumplimiento reiterado, ante la falta de precisión legal, debe entenderse, el repetido o sucedido más de una vez, lo que exige, al menos, dos incumplimientos de esta obligación por el progenitor custodio.

El ámbito objetivo de aplicación del precepto viene circunscrito por el precepto a las “*obligaciones derivadas del régimen de visitas*”, que incluyen, fundamentalmente, para el progenitor guardador, la de hacer entrega de los menores al otro progenitor en el lugar, día y hora establecido, y la de recogerlos, bajo las mismas circunstancias de tiempo y lugar, una vez finalizado el periodo de estancia con el otro progenitor. Para el progenitor no custodio, comprenderá la obligación de recoger a los menores en el lugar día y hora establecidos, la de ejercer responsablemente las funciones inherentes a la guarda del menor durante el tiempo en que lo tenga en su compañía, y la de reintegrarlo a la custodia del otro progenitor al término del periodo de estancia correspondiente.

No será de aplicación la regla 3ª del art. 776 LEC en los supuestos de incumplimientos reiterados de otras obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo distintas de las derivadas del régimen de visitas, como las derivadas del ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad (vide nota 10) y las derivadas de la guarda y custodia

(vide nota 11), mencionadas anteriormente, en el apartado III, ni, por supuesto, en los casos de incumplimiento de obligaciones pecuniarias, en los que sí podría entrar en juego, en cambio, el art. 94 CC ⁽¹⁴⁾.

Obsérvese, que, no obstante la estricta delimitación legal del ámbito de aplicación de la regla 3ª del art. 776, el art. 94 CC permite al juez limitar o suspender el régimen de visitas “*si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impues-*

13) Dicha enmienda 607 no fue aprobada, con el texto propuesto, pero su espíritu sí quedó incorporado al actual artículo 776 (en su regla 2ª), que no figuraba en el Proyecto de Ley, y fue resultado de un texto transaccional a las enmiendas 607 y 678 que fue incorporado a su paso por la Ponencia.

14) El artículo 94, párrafo 1º del Código civil dispone. “*El progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave y reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*”.

tos por la resolución judicial”, lo que es una superposición de regímenes jurídicos diversos (el del art.94, de consecuencias jurídicas más restringidas, sólo permite la limitación o suspensión del régimen de visitas, mientras el del art. 776-3ª, más amplio en sus efectos, admite el cambio de guarda y custodia, y la limitación, suspensión o supresión del régimen de visitas) para supuestos de obligaciones parcialmente coincidentes (el art.776-3ª se refiere a una sola clase de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, las derivadas del régimen de visitas, en tanto que el artículo 94 abarca los deberes impuestos por la resolución judicial, es decir, todas las obligaciones impuestas en la resolución judicial, tanto pecuniarias como no pecuniarias, de hacer personalísimo o no personalísimo). No es ésta, por razones sistemáticas y operativas, la sede adecuada para el examen de las relaciones entre estos dos preceptos, a propósitos de los cuales ASENCIO MELLADO (15) mantiene que el art. 776,3ª LEC concreta específicamente el ámbito del art. 94 CC poniendo fin a las contradicciones jurisprudenciales sobre las causas para la limitación o suspensión del régimen de visitas.

Por lo que se refiere al cauce procesal que debe seguirse para la posible aplicación de los efectos previstos en el art. 776-3ª, la LEC no prevé procedimiento alguno al respecto, planteándose la duda, como consecuencia de tal laguna legal, de si la modificación del régimen de guarda y visitas puede adoptarse en fase de ejecución de sentencia o debe acudir al procedimiento de modificación de medidas.

La opinión de la doctrina está dividida. Unos, como PEREZ MARTIN (16), entienden que, al tratarse de un precepto ubicado dentro de la “Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas”, ser una medida de ejecución de sentencia y no estar en presencia de un cambio de circunstancias sino de una sanción ante el incumplimiento de un pronunciamiento de la sentencia, lo lógico será que el tribunal pueda adoptar tal medida en fase de ejecución de la sentencia

Otros, como ASENCIO MELLADO (17), mantienen que la norma prevista en el art. 776-3ª LEC no es más que una habilitación legal que permite la modificación de la guarda o del régimen de visitas establecido, pero que es preciso acudir al procedimiento de modificación de medidas definitivas previsto en el art. 775 LEC. Sostiene este autor que una determinación de este tipo debe adoptarse previa audiencia y prueba de los hechos en que se fundamente.

Estimo preferible la solución aportada por ASENCIO, no sólo porque PEREZ no señala qué procedimiento debe seguirse, en ejecución de sentencia, para adoptar la decisión, lo que inevitablemente aboca al juez a inventarse un procedimiento en que se respeten los principios de audiencia, defensa y contradicción, sino porque me parece más consistente la posición de aquél. No parece razonable, en efecto, que una decisión de la trascendencia de la de un cambio de la guarda y custodia del menor o de la de una limitación, suspensión o supresión del régimen de visitas, que implica, además, modificar una medida establecida en una sentencia anterior, pueda adoptarse en fase de ejecución de sentencia (¿Y por qué trámites?), cuando existe un procedimiento “ad hoc” como el previsto en el art. 775 LEC que garantiza los principios de audiencia, prueba y contradicción.

Se plantea, por último, en relación con el art. 776-3ª LEC en qué casos procederá y en cuáles no procederá adoptar las medidas de modificación del régimen de guarda o de visitas de los menores cuando nos encontremos ante supuestos de incumplimientos reiterados de las obligaciones derivadas del régimen de visitas. El amplio margen de discrecionalidad de que dispone el juez a la hora de adoptar su decisión (“...podrá dar lugar...”) ha de someterse a criterios objetivos de actuación para evitar resoluciones judiciales rayanas en la arbitrariedad. Se hace preciso, pues, por razones de seguridad jurídica, señalar los criterios o pautas en base a los cuales habrá de decidir el juez que procede el cambio de guarda y custodia de los menores o la limitación, suspensión o supresión del régimen de visitas establecido.

Si el criterio rector para la adopción de la decisión es el de sancionar con las medidas de cambio de guarda y de régimen de visitas al progenitor que incumple reiterada y gravemente las obligaciones derivadas del régimen de visitas, la procedencia de estas medidas será evidente cuanto más numerosos y de mayor gravedad sean los incumplimientos que se acrediten. Pero, si concebimos las medidas del art.776-3ª LEC como la mera sanción a un progenitor por incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, podremos, en muchos casos, hacer una aplicación de esas medidas en un sentido completamente contrario al del “bonum filii”, que debe presidir la adopción de toda medida afectante a los menores, en cuanto no todo incumplimiento de esas obligaciones, por reiterado que sea, ha de suponer necesariamente un daño o perjuicio para el menor. Por ello, el criterio determinante debe ser el de valorar si el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas por parte de un progenitor ha generado una situación de daño o perjuicio al menor y a su adecuado desarrollo psicoafectivo que haga aconsejable, por ejemplo, el cambio de guarda y custodia. No basta, pues, la simple reiteración de incumplimientos de ese tipo de obligaciones, para fundamentar la modificación de la guarda o custodia o el régimen de visitas; es necesario además que la situación objetiva creada con tales incumplimientos sea tan perjudicial para los intereses del menor que el cambio de guarda o custodia o la modificación del régimen se haga necesario. En igual sentido se pronuncia MORALES MORENO (18)

VII. Una posible ejecución forzosa “in natura”: la compensación de días de visitas perdidos por el progenitor no custodio con días de comunicación futuros correspondientes al progenitor guardador

15) ASENCIO MELLADO, JOSE MARIA, en “Proceso Civil Práctico”, Ed. La Ley, Madrid, 2005, obra colectiva dirigida por VICENTE GIMENO SENDRA, Tomo IX, p. 601.

16) PEREZ MARTIN, ANTONIO JAVIER, en la obra colectiva “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, tomo IV, ed. Lex Nova, 2ª edic., p.4158.

17) ASENCIO MELLADO, J.M., *ibid.*, p. 602.

Es frecuente, en la práctica forense, que el progenitor no custodio privado de la posibilidad de disfrutar del contacto y la compañía de sus hijos durante determinados periodos a causa del incumplimiento de su obligación por el progenitor guardador, pida, en ejecución de sentencia, que, como compensación a los días, fines de semana o periodos vacacionales en que no ha disfrutado de la compañía de sus hijos (periodos perdidos al no haber podido hacer uso de su derecho-deber), el juzgado le atribuya el derecho a disfrutar de los hijos un número de días futuros, equivalente al de días perdidos, deduciéndolos de los periodos vacacionales en que le corresponda tal derecho al progenitor guardador e incumplidor, como único modo de proceder a un cumplimiento específico, en sus propios términos, del régimen de comunicaciones establecido en la sentencia o convenio.

Se suele fundamentar esa petición en el hecho de que, siendo irrecuperables por el progenitor no custodio los periodos de comunicación no disfrutados con los hijos, la única forma de lograr restituir a aquél el tiempo perdido es atribuirle, en un futuro inmediato, mayor número de días o periodos vacacionales de los que le corresponden, detrayendo esos días de exceso, en número coincidente con los perdidos, de los periodos vacacionales del progenitor guardador, de forma que, en cómputo anual, cada progenitor disfrute de la compañía de los hijos en el número exacto de días que le corresponda, según la sentencia o convenio regulador. Para el progenitor no guardador, de este modo, el menor tiempo disfrutado con los hijos en el pasado inmediato, se compensa o “recupera” con el mayor periodo de tiempo a disfrutar de su compañía en el futuro inmediato, a costa de que se vean disminuidos, en la misma proporción, los futuros periodos vacacionales de estancia de los hijos con el progenitor custodio, quien, así, “perdería” el tiempo de exceso en que disfrutó, indebidamente, de la compañía de los menores.

La ley no prevé la ejecución específica para la obligación que examinamos, que es una obligación de hacer, de carácter personalísimo, incardinada por la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, según se desprende de las reglas 2ª y 3ª del art. 776 de dicha Ley, pero tampoco excluye, ciertamente, esa ejecución forzosa específica o “in natura”, que podría encontrar su fundamento último en el derecho a la tutela judicial efectiva, que incluye, como sabemos, el derecho a que la sentencia se ejecute en sus propios términos, tal como establece el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que añade: “*Si la ejecución resultase imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno*”.

Particularmente, me inclino por admitir la posibilidad de la compensación en días futuros, pero con un claro límite a esa medida: el interés y beneficio del menor debe primar y ser preponderante sobre el legítimo deseo del progenitor no custodio de recuperar el periodo de tiempo perdido, es decir, no disfrutado en la compañía de su descendiente, por culpa del otro progenitor. Ello ha de ser así en cuanto, el derecho de visitas, comunicaciones y estancias no es un derecho absoluto o incondicionado del progenitor custodio, sino un derecho-deber o derecho-función establecido en atención al interés y beneficio del menor, que no siempre sería salvaguardado si se procediera a una aplicación automática e inflexible del mecanismo de compensación descrito. En determinados casos (v.gr.: ausencia de contactos entre padre, e hijo de 3 años, en los fines de semana alternos durante un periodo de seis meses) la aplicación en bloque del mecanismo compensatorio (en el caso propuesto, que la madre no tenga al hijo menor en su compañía durante ningún fin de semana durante los seis meses siguientes, permitiendo así al padre disfrutar los fines de semana que le corresponden y recuperar los perdidos) sería una medida demasiado drástica, no respetuosa con el interés del menor, que se vería privado de la presencia de la madre en los tiempos de ocio ordinarios del fin de semana de un largo periodo de tiempo, lo que podría generar en el mismo inseguridad e inestabilidad en una fase de su desarrollo en que, por su corta edad, el progenitor guardador es la principal figura de apego y elemento de seguridad para el adecuado crecimiento psicológico del niño. Y es que, la solución a un mal (falta de contacto, prolongado en el tiempo, del progenitor no custodio con sus hijos menores, durante los periodos de ocio de éstos) no puede consistir en otro mal (desde la perspectiva e interés del menor) de igual naturaleza e idéntica carga afflictiva a la de aquél que debió evitarse (imposibilidad de que los menores disfruten de sus tiempos de ocio con el progenitor custodio durante un considerable periodo de tiempo). No obstante, ha de resaltarse que esa ausencia de contactos del progenitor custodio con sus hijos, en los tiempos de ocio de los mismos, durante un determinado periodo de tiempo, a consecuencia de la aplicación del mecanismo compensatorio, viene atenuada o mitigada por el hecho de que continúa disfrutando de la compañía de los menores en la vida diaria.

Un buen modo de aplicar la compensación, sin que ello genere perjuicios al menor, será ampliar los periodos de vacaciones escolares en que los menores han de permanecer con el progenitor no custodio y reducir, en igual proporción, el periodo del progenitor custodio. Ningún obstáculo existirá así, p.e., para compensar al progenitor no custodio que no pudo disfrutar de su hijo, por culpa del progenitor custodio, en la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, con 8 días más en las vacaciones de verano, de modo que aquél pase con el menor la mitad de dichas vacaciones de verano y ocho días más, mientras éste solo disfruta de su hijo, en las vacaciones de verano, el número de días que resulte de deducir ocho a la mitad de los días que comprenda el periodo vacacional de verano del menor.

En conclusión el mecanismo de la compensación en días futuros debe aplicarse haciendo uso de un delicado equilibrio entre el interés y beneficio del menor, que habrá de apreciarse en cada caso, y el legítimo interés del progenitor no custodio en lograr una ejecución “in natura” ante los incumplimientos del régimen de visitas por el progenitor custodio, como único modo efectivo de restaurar el orden jurídico transgredido.

18) MORALES MORENO, ANGELES LETICIA, en “Tratado de Derecho de Familia”, obra colectiva coordinada por GONZALEZ POVEDA Y GONZALVEZ VICENTE, Ed. Sepin, 2005, p.1037.