

COMENTARIO



Cómo resarcir los daños derivados del incumplimiento del régimen de visitas

Julia Bautista López.
Zaraluqui. Abogados de Familia.

Ante un incumplimiento del régimen de visitas por parte de uno de los progenitores, generalmente el custodio que impide o dificulta la relación de los hijos menores con el no custodio, son varias las opciones que nos brinda nuestro ordenamiento jurídico para tratar de poner coto a tal comportamiento obstruccionista.

Podemos denunciar el incumplimiento por sí el mismo fuera constitutivo de una falta del artículo 618 del Código Penal. Ahora bien, ¿qué consigue realmente el progenitor que se ha visto privado de su derecho interponiendo una denuncia? Realmente nada. El hecho de que como consecuencia de una denuncia se incoe un juicio de faltas y se condene al incumplidor, en el supuesto de que hayamos sido capaces de acreditar los hechos, y se le imponga una pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 1 a 30 días, es insuficiente para resarcir el perjuicio causado a un no custodio al que por ejemplo no se le han entregado los hijos menores en un periodo vacacional o un fin de semana normal en el que tenía un viaje programado, unos billetes comprados y un hotel pagado. No hablamos solamente del daño económico o patrimonial cuyo resarcimiento podemos exigir por la vía de los artículos 109 y 116 del Código Penal, sino de los daños morales que el incumplimiento ha ocasionado al que ha visto cercenado su derecho de estar con sus hijos.

Otra opción que tenemos es presentar una demanda ejecutiva con el fin de que se requiera judicialmente al custodio para que cumpla lo establecido en la sentencia. Ésta suele ser la vía que se utiliza en la mayoría de los supuestos

de incumplimiento y la triste realidad es que normalmente la efectividad de la interposición de una demanda ejecutiva es normalmente nula. Después de un largo y costoso procedimiento de ejecución, en el supuesto de que se estime nuestra demanda, vamos a obtener un Auto en el que se va a despachar ejecución contra el custodio y se le va a requerir a fin de que cumpla con el régimen de visitas establecido. ¿Sirve de algo esto? No. En la mayor parte de las ocasiones, un Auto despachando ejecución con un requerimiento no disuade al incumplidor de continuar con sus incumplimientos. Antes de la reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, era necesario acudir primero a la vía civil para iniciar la penal. Ahora ya no lo es.

Sin embargo, a pesar de la escasa efectividad de los anteriores procedimientos en cuanto al resarcimiento real y efectivo del perjuicio que se le causa al progenitor al que se le impide ejercer su derecho de visitas, sigue siendo necesario tanto denunciar, como acudir a la vía ejecutiva por lo menos para dejar constancia en el Juzgado de los incumplimientos de modo que sirvan como antecedentes para una futura modificación de medidas que se pueda querer instar. Desde luego que en este tipo de situaciones lo único que no se debe hacer es no hacer nada, sobre todo porque a veces la inactividad por parte del que ve vulnerados sus derechos puede ser considerada como una aceptación tácita de la situación.

Suele ser una práctica habitual de los Juzgados que ante el incumplimiento del régimen de visitas, se compense, al que se ha visto privado de su derecho, el tiempo que no ha podido disfrutar con periodos posteriores. Esta recuperación futura en modo alguno compensa el daño moral

sufrido. El tiempo pasado es imposible de recuperar. Se pueden recuperar número de días perdidos pero no lo que se hubiera vivido en ellos, máxime si lo que hemos perdido es un viaje, una celebración especial, etc. Además hay que contar con la posibilidad de que el no custodio ni siquiera pueda cumplir, por sus obligaciones profesionales por ejemplo, con una ampliación del régimen de visitas. Hay quien tiene su vida personal y sobre todo profesional organizada y adaptaba a unas visitas concretas que se establecieron en su momento en la sentencia o se pactaron en el convenio y que no pueda hacerse cargo de los niños fuera de esas fechas. En estos supuestos, el hecho de que el Juzgado nos compense con más días en otro periodo no nos sirve para nada porque no podemos disfrutarlos.

Podemos también interesar la imposición de multas coercitivas, reguladas en los artículos 699, 709 y 776.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Aunque la imposición de una multa coercitiva al progenitor custodio sea gravosa para el mismo y pueda resultar disuasoria a la hora de reincidir en el incumplimiento, la realidad es que la misma beneficia al estado que es quien ingresa el importe de la multa y no supone nada para el progenitor que ha visto sus derechos vulnerados.

Existe la posibilidad de modificar el sistema de guarda y custodia ante reiterados incumplimientos del régimen de visitas tal y como dispone el art. 776.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin embargo, este tipo de medida, que es aplicada por los Juzgados en muy pocas ocasiones, se queda en la mayoría de las veces en una mera advertencia en los autos ejecutivos, no siendo por tanto la solución a este tipo de situaciones. Además, al igual que lo que sucede con la recuperación del tiempo perdido

en periodos posteriores, nos podemos encontrar ante situaciones en las que el no custodio no puede materialmente ostentar la guarda y custodia por distintos motivos: laborales, por residir en otra ciudad, etc. El que interesa el cumplimiento del régimen de visitas lo que quiere es que se cumpla en los términos pactados en el convenio o establecidos en la sentencia. Si en su momento se discutió sobre la guarda y custodia y se acordó atribuirla a uno de los progenitores fue porque se consideró que era lo más beneficioso para los menores y no tiene sentido cambiarlo después a no ser que concurran otras circunstancias que así lo aconsejen.

Todo lo anterior evidencia la necesidad de establecer otro mecanismo de resarcimiento de los daños que el incumplimiento del régimen de visitas ocasiona. Con la Sentencia de 30 de junio de 2009, el Tribunal Supremo reconoce el daño moral que se produce en aquellos casos en los que uno de los progenitores impide al otro relacionarse con sus hijos menores, apoyado en la doctrina del TEDH sobre el derecho a la vida familiar (artículo 8 TEDH). La importancia de esta sentencia radica en la aplicación de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1902 del Código Civil) a las relaciones familiares. Tal y como establece la doctrina y la jurisprudencia para que se reconozca el derecho a una indemnización deben concurrir: (i) una acción u omisión ilícita, (ii) la constatación de un daño causado, (iii) relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño causado. El daño tiene que ser acreditado y puede ser patrimonial (un viaje contratado que se ha perdido) o moral. Este último tipo de daño ha sido definido por el Tribunal Supremo como «sufrimiento»,

«padecimiento» «impotencia, zozobra, ansiedad», «sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre» (STS 31-5-2000). La principal diferencia entre uno y otro tipo de daño es que el primero es cuantificable económicamente y sustituible por dinero, el segundo no. La reparación total del daño moral es prácticamente imposible. No existen criterios de valoración del daño y la práctica habitual es su cuantificación por el Juez de forma discrecional. El plazo para el ejercicio de la acción es de un año «desde que lo supo el agraviado» a tenor de lo establecido en el artículo 1968 del Código Civil.

La jurisprudencia exige para el cómputo del plazo que el agraviado conozca no sólo la existencia del daño, sino también su alcance y consecuencias, lo cual resulta muy relevante en el supuesto de daños continuados, es decir, aquellos que se generan durante un periodo de tiempo continuado, no pudiéndose valorar por tanto el alcance del daño hasta que el mismo cesa, momento en el que comienza a contar el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual por la causación del daño.

Las anteriores opciones de actuación que nos ofrece el ordenamiento jurídico ante un incumplimiento del régimen de visitas, deberían ir acompañadas de la reclamación por los daños tanto patrimoniales como morales que el incumplimiento ocasiona ya que es la única forma de que el progenitor que se ha visto privado injustificadamente de la compañía de sus hijos menores, sea resarcido por los daños sufridos.

ZARRALUQUI
Abogados de Familia

THOMSON REUTERS
ARANZADI
SOLUCIONES JURÍDICAS PARA PROFESIONALES



ARANZADI INFOLEX, SERVICIOS JURÍDICOS DE EMPRESA

Optimice la gestión de su actividad legal con la mejor solución integral del mercado.

Infórmese ahora en www.infolex.es/empresas

902 090 001 | www.jurisoft.es | info@jurisoft.es
902 444 144 | www.aranzadi.es | clientes@aranzadi.es | www.tienda.aranzadi

JURISOFT