

El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad

Marta Ordás Alonso

■ BOSCH



El derecho de visita, comunicación y estancia de los menores de edad

Marta Ordás Alonso

© Marta Ordás Alonso, 2019
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 902 250 500 - **Fax:** 902 250 502
e-mail: clientes@wolterskluwer.com
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: octubre, 2019

Depósito Legal: M-30427-2019
ISBN versión impresa: 978-84-9090-405-3
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-406-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain

© Wolters Kluwer España, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Marta Ordás Alonso
Profesora Titular (Acreditada Catedrática) de Derecho Civil
Universidad de León

En este sentido, me quedo con la opinión del Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de septiembre de 2009, pudiendo afirmar que el elemento esencial para que pueda hablarse de custodia compartida es la convivencia entre los progenitores custodios y los menores, lo que no supone un reparto equitativo y absolutamente paritario de estancias con cada uno de los progenitores, sino que el reparto de tiempo deberá fijarse en cada caso concreto atendidas las circunstancias concurrentes. Pero la custodia deviene compartida cuando el progenitor no custodio no solo se ocupa personalmente de su hija dos días laborables entre semana sino que pernocta con él esas dos noches. Producida la pernocta y existiendo una clara voluntad de ejercer una coparentalidad responsable, el límite entre una y otra modalidad de guarda debe fijarse en términos de asunción y visibilización de la responsabilidad parental⁸⁰.

Para concluir, el cambio jurisprudencial acontecido a partir de la STS de 25 de noviembre de 2013, configurando la custodia compartida como un sistema normal y no excepcional, abre la vía para el planteamiento de incidentes de modificación de medidas para remplazar custodias exclusivas por custodias compartidas, sin necesidad de fundar la pretensión modificadora en un cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta al adoptar la medida. De tal modo que, siendo la fecha de la sentencia de nulidad, separación o divorcio o, en su caso, de medidas paterno-filiales anterior al 25 de noviembre de 2013 el solo cambio de criterio jurisprudencial es fundamento suficiente para sostener las pretensiones que se ejercitan en la demanda. Así lo entiende, con acierto, la SAP de Vizcaya (Sección 4^a) núm. 420/2016 de 30 junio que, a mayor abundamiento, considera que no existe fundamento para poner en duda la alegación del recurrente de que no solicitó, al momento del divorcio la guarda y custodia compartida, por la dificultad de su obtención en vía judicial, pues así era la realidad, pues en la fecha del dictado de la sentencia recurrida el régimen de custodia compartida era ciertamente incierto, y sin que además, del hecho de no haber solicitado la custodia en un momento determinado, se pueda concluir sin matices, una falta de interés o falta de dedicación al cuidado de su hijo, sin que en ningún caso, se pueda prohibir de forma definitiva, efectuar una solicitud de una custodia compartida, si concurren los presupuestos necesarios para hacerlo.

B. *Las visitas en los «días especiales»*

a. El Día de Reyes

El 6 de enero, día de los Reyes Magos, tiene una especial significación para los niños. Hasta el punto de que, con cierto sarcasmo, afirma la SAP de Guipúzcoa (Sección 3^a) núm. 92/2016 de 3 mayo que «resulta sin embargo curioso / significativo, que tratándose de menores, que ya no lo son tanto, nadie haya hecho una mención al día de Reyes, día si se quiere fundamental para poder entregar todo tipo de regalos. Se nos dirá que ahora dentro de las «moderneces comerciales» está el entregar regalos también en Nochebuena / Navidad, o con Papa Noel o con el Olentzero y no lo discutiremos, pero evitando seguir el «juego» al comercio, sigue siendo el día de Reyes algo indiscutible y reiteramos se pasó por alto».

Debido a su incontestable importancia para los menores de edad, y de ellos se trata, aunque no es una práctica generalizada, no es extraño que la resolución judicial en la que se fije el régimen de visitas haga una específica mención a este día. Sin embargo, no puede decirse que exista una

80. SAP de Barcelona (Sección 12^a) núm. 100/2015 de 24 febrero.

pauta común sobre el particular. En este sentido, puede establecerse una visita de unas horas de duración en la tarde del Día de Reyes por parte del progenitor al que no le corresponda tener al menor en su compañía dicho día⁸¹. Aunque menos frecuente, también es posible disponer que será disfrutado por ambos progenitores, estableciendo para llevar a efecto tal extremo dos períodos con la finalidad de que ambos disfruten de idénticas horas en compañía del menor, abarcando el primero desde las 10:00 horas hasta las 15:00 horas y el segundo de ellos que abarcará desde las 15:00 horas hasta las 20:00 horas⁸². La SAP de Madrid (Sección 24^a) núm. 430/2015 de 14 mayo establece por su parte, la obligación a cargo del progenitor que tenga a la menor en su compañía de facilitar, siempre que ello sea logísticamente posible, que la Noche de Reyes que, aquel que no la tenga, pueda hacer entrega de los regalos a la menor a partir de las 12 horas. Sería deseable que a tal efecto hubiera establecido la Sala un lapsus temporal de X horas de duración con la finalidad de proceder a dicha entrega, pero no ha sido así.

b. *El cumpleaños del menor*

Cuando la autoridad judicial decide efectuar un pronunciamiento específico sobre el régimen de visitas a desarrollar el día del cumpleaños del menor, lo que siempre debería acontecer y no acontece, las alternativas son muy diferentes y van desde conceder al progenitor que no le corresponda tener en su compañía a su hijo ese día un número de horas para que pueda visitarlo⁸³; disponer que los cumpleaños del menor los organizarán y cele-

81. Así, por ejemplo, la SAP de Madrid (Sección 22^a) núm. 258/2019 de 21 marzo establece que el Día de Reyes, el progenitor que no tenga consigo a sus hijas podrá tenerlas en su compañía 3 horas.

Esta posibilidad es prevista para el día de Navidad, de Reyes, cumpleaños del menor, del padre y de la madre incluso en un supuesto en el que difícilmente va a ser efectivo en la medida en que la distancia entre los domicilios de los progenitores es la que media entre Sevilla y Las Palmas de Gran Canaria en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de las Palmas de Gran Canaria de 10 de mayo de 2017, que prevé que «el progenitor al que no le corresponda estar en compañía de su hija «podrá» estar con ella desde las 16:00 hasta las 20:00 horas, recogiéndola y reintegrándola en el domicilio del otro progenitor. Deberá avisarse por escrito de que se va a hacer uso de esta posibilidad con al menos una semana de antelación, y no será aplicable a favor de ninguno de los progenitores lo previsto sobre flexibilidad horaria ni -lógicamente— viajes de la menor sola en el avión».

82. SAP de Cáceres (Sección 1^a) núm. 361/2018 de 11 julio. En parecido sentido, la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Málaga de fecha 1 de diciembre de 2016 establece que «el día de Reyes, 6 de enero, el menor pasará la mañana en compañía del mismo progenitor con el que haya pasado la noche del 5 al 6 de enero, hasta las 16:00 horas, que será recogido por el otro progenitor, para que esté en su compañía hasta las 20:00 horas. Este régimen del 6 de enero se entiende aplicable salvo que el menor estuviese fuera de Málaga con el progenitor que le corresponda dicho período».

83. Así, por ejemplo, la SAP de Madrid (Sección 22^a) núm. 258/2019 de 21 marzo establece que el día del cumpleaños del menor, el progenitor que no tenga consigo a sus hijas, podrá tenerlas en su compañía 3 horas.

La Sentencia de 4 de Agosto de 2015 del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer nº 1 de San Sebastián establece que «los menores puedan compartir, el día de su cumpleaños con sus dos progenitores, debiendo el progenitor a quien en la citada fecha, tenga atribuido la estancia con los menores, permitir al otro progenitor, estar en compañía de sus hijos (ambos), durante al menos una hora, desde las 18:30 a las 19:30 horas, al objeto de felicitarle personalmente y hacerle entrega de los obsequios o regalos pertinentes. Eso solo resultará aplicable cuando las circunstancias lo permitan, y no coincidan con períodos vacacionales, siendo dicho horario una regulación de mínimos, no imposibilitando el hecho de que los padres en interés de los menores, y siempre de común acuerdo entre ambos, pudieran en interés de estos, para el caso de tener celebraciones programadas, con amigos y familiares, fijar otro horario o ampliar el que como mínimo aparece recogido».

brarán los padres de forma alterna, correspondiendo los años impares a la madre y los pares al padre o viceversa⁸⁴; incluso contemplar una celebración conjunta, previendo una visita de unas horas de duración para el supuesto en que fuera imposible alcanzar un acuerdo⁸⁵.

Particulares problemas plantea el día del cumpleaños del menor cuando este ha nacido en verano en la medida en que es posible que se encuentre disfrutando de las vacaciones lejos de su lugar de residencia, lo que dificulta establecer medidas como las expuestas en líneas precedentes. La SAP de Cáceres (Sección 1^a) núm. 361/2018 de 11 julio contempla específicamente esta eventualidad previendo que el progenitor a quien no le corresponda la correspondiente quincena con el menor podrá disfrutar del mismo desde las 10:00 hasta las 16:30 horas siempre que el hijo común no se encuentre disfrutando del período vacacional fuera de la provincia de Cáceres. La SAP de Salamanca (Sección 1^a) núm. 214/2015 de 22 julio, por su parte, establece que «resultando acreditado que el día de cumpleaños de la menor lo es el 11 de agosto de cada año, ese día lo pasará enteramente con el progenitor que cada año toque a la elección que verifiquen, es decir, como la madre conforme a la sentencia elegirá los años impares la quincena de agosto que desee y el padre los pares, con total equidad y reparto, cada año podrá pasar la menor su cumpleaños con un progenitor, de modo alternativo, resultando absolutamente improcedente y perturbador, a salvo de que los padres lo consientan, atribuir o señalar que ese día de cumpleaños, de 17 a 20 horas, tenga en su compañía a la niña el progenitor que no le corresponda en esa fecha tenerla en su custodia».

c. El cumpleaños de cada progenitor, el Día del Padre y el Día de la Madre

Por lo que se refiere a la celebración de los Días del Padre y de la Madre y cumpleaños de los progenitores, es habitual establecer que cada uno de ellos podrá gozar de la compañía de sus hijas en la festividad correspondiente⁸⁶, resultando conveniente, con la finalidad de evitar conflictos, la fijación de las concretas horas de entrega y recogida, mejor aún si dichos horarios establecen una diferenciación en función de que se trate de días lectivos o no lectivos⁸⁷. Como se suele contemplar como mera posibilidad, no está de más establecer la obligatoriedad de realizar un preaviso si efectivamente se va a hacer uso de este derecho⁸⁸.

84. SAP de Jaén (Sección 1^a) núm. 505/2016 de 14 julio.

85. Así lo hace la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.^o 1 de Málaga de fecha 1 de diciembre de 2016: «En cuanto a los cumpleaños y santos del menor, ambos padres disfrutarán conjuntamente de dichos días. Para el caso de que alguno de los dos no deseará la celebración conjunta y la festividad coincidiera con fin de semana o festivo, el progenitor con el que en ese momento esté el niño lo mantendrá en su compañía hasta las 16:00 horas de la tarde, momento en el que pasará a estar en compañía del otro progenitor hasta las 20:00 horas. Si coincide con un día lectivo, entre semana, el progenitor no custodio podrá realizar la estancia durante tres horas (elegidas en defecto de acuerdo por el progenitor que tenga al niño bajo su cuidado ese día, si bien no podrán interferir con el horario profesional de los padres ni con el horario lectivo del hijo), recogiendo y devolviendo al niño en el domicilio familiar».

86. SAP de Madrid (Sección 22^a) núm. 258/2019 de 21 marzo.

87. Así, la SAP de Salamanca (Sección 1^a) núm. 288/2017 de 31 mayo establece que el día del cumpleaños de cada progenitor, siendo festivo, lo pase con el progenitor que lo celebra y cumple años, y siendo día escolar, sea recogida tras las actividades escolares por el progenitor que cumple los años y pase el resto del día con él hasta las 22,00 horas, en que será reintegrada al domicilio de la madre, sin pernocta, si no procediera otra cosa con arreglo a las restantes estipulaciones en éste ámbito.

En este sentido, la SAP de Cáceres (Sección 1^a) núm. 361/2018 de 11 julio establece que en horario de 10:00 de la mañana a 20:00 horas tendrán derecho los progenitores a tener al menor los días del cumpleaños de ambos padres, y los Días del Padre y de la Madre cuando el menor en tal período no se encontrase en su compañía. Si tales días coincidiesen con un día escolar la estancia dará comienzo a la salida del centro y hasta las 20:00 horas.

Diferente punto de vista es asumido por la SAP de Madrid (Sección 22^a) núm. 388/2018 de 11 mayo para la cual los días de cumpleaños, así como el Día del Padre y Día de la Madre, pueden en ocasiones coincidir con días festivos o en momentos en que alguno de los progenitores pretenda desarrollar algún tipo de actividad o viaje con la propia menor. Por ello, considera más adecuado no introducir ningún tipo de reserva al respecto en el régimen de visitas, sin perjuicio de los deseables acuerdos que ambos progenitores pudieran alcanzar para favorecer que en fechas señaladas pueda de algún modo la menor disfrutar de la compañía el progenitor correspondiente.

d. Los acontecimientos familiares

No menos importantes son los acontecimientos familiares. Así, junto a cláusulas generales como la prevista en la SAP de Cáceres (Sección 1^a) núm. 361/2018 de 11 julio a cuyo tenor «en caso de celebración de eventos familiares el padre o la madre lo comunicarán al otro progenitor con antelación suficiente a fin de poder llevar a cabo el correspondiente cambio», coexisten otras mucho más concretas como la contemplada en la SAP de Jaén (Sección 1^a) núm. 505/2016 de 14 julio: «en caso de celebraciones familiares a las que tenga que acudir el padre, como bodas, bautizos, u otras análogas, podrá estar con su hijo desde el día anterior al evento hasta el día siguiente, aun cuando por razón de los regímenes anteriores no le correspondiese. En caso de celebraciones familiares a las que tenga que acudir la madre, como bodas, bautizos, u otras análogas, podrá estar con su hijo desde el día anterior al evento hasta el día siguiente, aun cuando por razón de los regímenes anteriores no le correspondiese». Ambas presentan diferencias notables. La primera de ellas parece condi-

En igual sentido, la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de Málaga de fecha 1 de diciembre de 2016 establece un diferente horario en función de que el día sea o no lectivo. En concreto, «en cuanto al Día del Padre y siempre que no sea día lectivo, si el hijo no estuviere con el padre, éste estará en compañía de sus hijos desde las 13:00 horas hasta las 20:00 horas, y en cuanto al Día de la Madre, si el hijo no estuviere con la madre, ésta estará en compañía de su hijo desde las 13:00 horas hasta las 20:00 horas. Si coincide con un día lectivo, entre semana, el progenitor cuya festividad se celebre podrá realizar la estancia durante tres horas (elegidas en defecto de acuerdo por el progenitor que tenga al niño bajo su cuidado ese día, si bien no podrán interferir con el horario profesional de los padres ni con el horario lectivo del hijo), recogiendo y devolviendo al niño en el domicilio familiar.

Respecto de los cumpleaños de los respectivos padres, en caso de tratarse de día festivo, el progenitor cuyo cumpleaños se celebre estará en compañía de su hijo desde las 11:00 horas hasta las 20:00 horas. En el caso de tratarse de día lectivo le corresponderá estar en compañía de su hijo durante tres horas (elegidas en defecto de acuerdo por el progenitor que tenga al niño bajo su cuidado ese día, si bien no podrán interferir con el horario profesional de los padres ni con el horario lectivo del hijo), recogiendo y devolviendo al niño en el domicilio familiar».

88. En esta línea, la SAP de Madrid (Sección 22^a) núm. 258/2019 de 21 marzo específicamente dispone que «para hacer uso de este derecho deberá comunicarlo por escrito al otro progenitor con una antelación mínima de siete días, fijando asimismo las horas en las que estarás con las hijas, entendiéndose de no comunicarlo que renunciar a su derecho».

La relación de los menores de edad con sus padres, hermanos, abuelos y otros parientes y allegados reviste una importancia capital para todos los implicados, toda vez que en el entorno familiar existe una recíproca necesidad vital de mantener y desarrollar relaciones de afecto. Siendo esto así, la reforma del art. 160 CC (fruto de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) cambia claramente el enfoque —«los hijos menores tienen derecho a relacionarse»— y obliga a abordar el régimen de visitas desde la perspectiva del derecho que ostenta el menor a mantener relaciones con sus padres, hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. Se trata de relaciones que tendrán lugar con total naturalidad en situaciones de normal convivencia familiar pero que exigirán la adopción de determinadas medidas en contextos de conflicto en el seno de la familia.

La parquedad legislativa con que el derecho de visita, comunicación y estancia es contemplado por el ordenamiento jurídico contrasta con la ingente cantidad de pronunciamientos judiciales existentes sobre el tema. Lo que da buena cuenta de la gran litigiosidad que el derecho de visita plantea, tanto en su determinación como en su discurrir hasta que el menor alcanza la mayoría de edad. Si hay algo que caracteriza este derecho es su vulnerabilidad, tal y como lo atestigua el hecho de que, una vez el régimen de relaciones queda fijado, comienzan a proliferar las solicitudes de aclaración de sentencia, procedimientos de modificación de medidas y, singularmente, los incumplimientos ante los cuales el ordenamiento jurídico se ha mostrado incapaz de dar una respuesta adecuada hasta la fecha.

Al análisis crítico de este derecho, de su escueta regulación legal, así como de la jurisprudencia que lo interpreta se dedica esta monografía.

ISBN: 978-84-9090-405-3



9 788490 904053



ER-0290/2005



ER-0290/2005



QA-2005/0100



Wolters Kluwer