

EJECUCIÓN DE HACER: GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIÓN Y ESTANCIA

ADRIÁN GÓMEZ LINACERO

LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



LA EJECUCIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

23 DE MARZO DE 2023

Centro de
Estudios
Jurídicos

SUMARIO

1. BREVE APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS EN LAS CRISIS FAMILIARES	5
1.1 Comunicación, estancia y visitas con los menores y/o mayores o emancipados con discapacidad: fundamento, contenido y aplicación judicial.	6
1.2 Guarda y custodia: contenido y modalidades de ejercicio	11
2. PRESUPUESTOS PROCESALES COMUNES DE RELEVANCIA PARA LA EJECUCIÓN DE HACER	13
2.1 Plazo de espera del art. 548 LEC en la ejecución de familia	13
2.2 Acumulación de pretensiones ejecutivas y mantenimiento o no de la ejecución para incumplimientos futuros	17
3. LA EJECUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y DEL RÉGIMEN DE VISITAS	19
3.1 Guarda y custodia	19
3.2 Régimen de visitas	21
4. ITER PROCESAL DE LA EJECUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA Y/O RÉGIMEN DE VISITAS: REQUERIMIENTO, PERÍODO DE CUMPLIMIENTO U OPOSICIÓN Y FASE DE APREMIOS PERSONALES O PATRIMONIALES	21
4.1 Auto y Decreto ejecutivos. El Auto despachando ejecución acordará el requerimiento al ejecutado para que entregue al hijo común o permita o no impida el disfrute del régimen de visitas, en el plazo y tiempo que considere el Juez o Magistrado (705 LEC), y el Decreto ejecutivo hará efectiva esa orden librando el oportuno requerimiento en forma.	23
4.2 Notificación personal del requerimiento al ejecutado, junto con el Auto y Decreto ejecutivos.	23
4.3 Cumplimiento de lo requerido (cuando ello sea posible), incumplimiento y/o formulación de oposición: finalización fatal de la ejecución o continuación hasta la entrega del hijo común.	24
4.3.1 Régimen de visitas	24
4.1.1. Guarda y custodia	25
4.4 Oposición a la ejecución de guarda y custodia y/o régimen de visitas, estancia y comunicación: interpretación amplia y flexible de las causas de oposición sin sometimiento al sistema taxativo o rígido de motivos del art. 556.1 LEC.	25
4.5 Solicitud del ejecutante de imposición de multas coercitivas al ejecutado y dictado de Auto imponiendo las mismas.	27
4.6 Ejecución de la multa: ¿voluntariedad o vía de apremio?	30

4.7	Puntos de Encuentro Familiar.	31
4.8	Improcedencia del sistema de multas y requerimientos en prestaciones personalísimas de familia que no admiten opción jurídica de cumplimiento tardío y vencen periódicamente con el transcurso del plazo de su disfrute o ejercicio	31
5	CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA O RÉGIMEN DE VISITAS: RECUPERACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LOS PERÍODOS DE CUSTODIA NO EJERCITADOS O DEL RÉGIMEN DE VISITAS NO DISFRUTADO Y MODIFICACIÓN CAUTELAR O DEFINITIVA DE LAS MEDIDAS EN LA EJECUCIÓN	33
6	DELITO DE DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD JUDICIAL: RELEVANCIA DE LOS REQUERIMIENTOS Y DEDUCCIÓN DE TESTIMONIO	38
7.	BIBLIOGRAFÍA	39



Centro de
Estudios
Jurídicos

RESUMEN

La ejecución de las resoluciones judiciales o procesales dictadas en procedimientos de familia constituye una de las instituciones procesales más problemáticas en la práctica forense, tanto por la variada e imprevisible casuística inherente a las relaciones familiares (siempre en transformación), como por la sensibilidad de los intereses concurrentes, la inexistencia de doctrina jurisprudencial unificada (sino tantos criterios como Audiencias Provinciales por no haber recurso ante el Tribunal Supremo salvo infracciones procesales viciadas de nulidad) y la ausencia de una regulación exhaustiva sobre la ordenación y decisión procesal de esta modalidad de ejecución; ejecución de familia que aunque no conforma, stricto sensu, una ejecución autónoma dentro de la ejecución de títulos judiciales, debería orientarse en el futuro a ese fin, basado en la especialización, para lograr mayor seguridad jurídica y eficacia jurídico-procesal.

Dentro de esa fragmentada y atomizada variedad ejecutiva (dispersión motivada por las relaciones materiales subyacentes, dúctiles por definición, y la parquedad regulatoria antes aludida) la ejecución de las obligaciones de hacer por medidas personalísimas para el cumplimiento del régimen de guarda y custodia y de visitas fijado por la autoridad judicial alcanza cuotas acentuadas de complejidad y falta de coordinadas comunes.

Si bien es cierto que la amplia gama de matices, significados y escenarios a que propende la materia abordada, así como la máxima de flexibilidad que debe guiar la interpretación procedimental en procesos de familia con menores o mayores con discapacidad, no aconsejan, cabalmente, la predeterminación de presupuestos procesales rígidos o reglamentistas, se hace necesario sentar, partiendo de la regulación actual del art. 776 LEC y de la imprescindible jurisprudencia menor más consensuada, junto con el respaldo autorizado de las recomendaciones hechas por órganos especializados, una serie de mínimos procesales o parámetros de tramitación y organización del procedimiento de ejecución de este tipo de medidas.

Los incumplimientos reiterados del régimen de visitas, la negativa a materializar la guarda y custodia, el sistema de multas o apremios e incluso la remisión a la jurisdicción penal, entre otras controversias, se analizan en la presente obra para procurar instaurar en el repertorio académico existente sobre el particular fórmulas racionales coherentes con la legislación procesal y material para despachar con solvencia la tutela judicial ejecutiva del accionante, máxime con la extraordinaria relevancia que reviste la debida respuesta de la jurisdicción para los superiores intereses de los menores y personas con discapacidad, principales perjudicados ante estas vicisitudes.

Debemos poner de manifiesto una conclusión fundamental en el análisis de la ejecución en los procesos de familia, a saber: las normas procesales generales de ejecución y específicas de esta modalidad en medidas de familia deben interpretarse conforme a la máxima, proclamada por la jurisprudencia comunitaria, de flexibilidad en la respuesta legal, lo que debe impedir acudir a concepciones rigoristas o reglamentistas de los requisitos procesales que cercenen o limiten la tutela judicial ejecutiva, partiendo del proceso como un medio, no un fin. Además, los supuestos de hecho propios del devenir de las relaciones familiares en crisis son inmensos, variados y de tal amplitud sociocultural que no pueden quedar encorsetados en presupuestos o normas apriorísticas, sino que deben permitir margen de maniobra a la autoridad judicial para adoptar la decisión más racional y coherente.

1. BREVE APROXIMACIÓN AL CONTENIDO DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS EN LAS CRISIS FAMILIARES

Las crisis familiares, en sus distintas modalidades, separación, nulidad y divorcio, exigen de la autoridad judicial, de oficio, la adopción de determinadas medidas personales o extrapatrimoniales para regular los efectos o consecuencias de la ruptura conyugal sobre los hijos menores comunes no emancipados al cuidado de los titulares de la patria potestad o mayores de edad o emancipados con discapacidad con medidas de apoyo (con la facultad de adoptar medidas de apoyo incluso en el propio proceso de divorcio, separación y nulidad *ex art 91 CC*).

Descartada la siempre excepcional privación de la patria potestad y acordado, ya sea por convenio entre los progenitores aprobado por el Juez o en defecto de acuerdo o falta de aprobación del mismo, por decisión de la autoridad judicial, el ejercicio compartido de las funciones parentales (154 CC), las medidas personales por antonomasia más trascendentes tras la quiebra familiar son el ejercicio de la guarda y custodia y el régimen de comunicación, estancia y visitas del progenitor no custodia con los hijos menores o discapaces, así como las eventuales visitas de los abuelos, parientes y otros allegados con sus nietos (90.b CC).

Estas medidas personales podrán adoptarse, en primer lugar, de manera provisional, con carácter previo a la demanda, al amparo del procedimiento previsto por el art. 771 LEC (sujetas, para su eficacia, a la condición temporal de presentación de la demanda en el plazo de treinta días, para su posterior convalidación o revocación por el incidente del art. 772 LEC), o igualmente con naturaleza provisional pero de forma coetánea a la formulación de la demanda (773 LEC).

En caso de medidas provisionales o en defecto de la mismas, el régimen de guarda y custodia y el sistema de comunicaciones y visitas con el progenitor no custodia y abuelos o allegados quedarán fijados mediante las correspondientes medidas definitivas, tras proceso de mutuo acuerdo (777 LEC) o contencioso (770 LEC), en virtud siempre de Sentencia.

Cabe destacar, por su relevancia, que el régimen de guarda y custodia y el sistema de comunicaciones, estancia y visitas, es aplicable tanto a la ruptura de los matrimonios con hijos comunes menores o mayores o emancipados discapacidad, como a la determinación de los efectos que, para con los mismos interesados, rigen las crisis de las parejas de hecho a través del procedimiento previsto por el art. 748.4º LEC para adopción de medidas paternofiliales.

Es cierto que, examinado el art. 748.4º LEC, su ámbito objetivo de aplicación queda limitado, en sentido riguroso, a la adopción del régimen de guarda y custodia o alimentos reclamados por un progenitor contra otro en beneficio de los menores.

Sin embargo, existe una más que consolidada doctrina jurisprudencial que hace extensivas las medidas personales y patrimoniales del art. 91 CC, en relación con el art. 774.4 LEC, previstas para las crisis matrimoniales, a las rupturas de las parejas de hecho, pero exclusivamente de las medidas atinentes a los menores comunes o personas con discapacidad para su debida protección, nunca para determinar las consecuencias patrimoniales internas entre los convivientes (como la pensión compensatoria o las cargas de los convivientes).

Según unánime jurisprudencia (por todas, STS 701/2004, de 7 de julio de 2004)¹ las medidas personales sobre los menores se rigen por el mismo régimen jurídico aplicable a las crisis matrimoniales, estando legitimado el juez para aplicar analógicamente las medidas del art. 91 CC a las uniones de hecho, entre ellas, además del régimen de visitas y la guarda y custodia, la atribución de la vivienda familiar a uno de los convivientes *ex art. 96 CC*, posibilidad expresamente admitida por el Tribunal Supremo en doctrina sentada por las Sentencias de 1 de abril de 2011, de 7 de julio de 2.004 y más reciente de 16 de enero de 2.015.

Asimismo, aunque el Código Civil, en la regulación de los efectos comunes a la separación, divorcio y nulidad, equipara, a efectos del régimen de comunicación y visitas a los menores de edad no emancipados con los hijos con discapacidad mayores o emancipados (aunque para estos últimos a instancia del progenitor no custodia, frente al principio de oficio que preside el régimen de comunicación y visitas de los menores), no hace lo mismo en otro tipo de medidas o pronunciamientos, como los alimentos, de los que también puede ser titular o beneficiario el hijo con discapacidad mayor de edad común. Para procurar la debida protección a las personas con discapacidad y salvar la laguna indicada, el Tribunal Supremo, en doctrina asentada, equipara a los menores de edad con las personas con discapacidad en determinadas instituciones (como el uso de la vivienda familiar).

Pues bien, expuesto lo anterior, vamos a realizar una sucinta aproximación, necesaria para comprender su posterior ejecución, sobre la configuración jurídica, contenido y efectos de las medidas antes indicadas: guarda y custodia y régimen de comunicaciones, estancias y visitas con el progenitor no custodio y otros parientes.

1.1 COMUNICACIÓN, ESTANCIA Y VISITAS CON LOS MENORES Y/O MAYORES O EMANCIPADOS CON DISCAPACIDAD: FUNDAMENTO, CONTENIDO Y APLICACIÓN JUDICIAL.

Respecto del régimen de comunicación, estancia y visitas, dispone el art. 94 CC que *“La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.”*

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercerá el derecho previsto en el párrafo anterior”.

El derecho de visitar a los hijos comunes es consecuencia necesaria de las facultades y deberes propios de la patria potestad, no privada o excluida en el proceso, entre los que se encuentran, conforme al art. 154 CC, piedra angular de las funciones parentales, *“velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”.*

¹ Dicha Sentencia dispone que *“en la adopción de las medidas a tomar respecto de los hijos menores de edad, sean matrimoniales o no matrimoniales, es preponderante el interés de los hijos, cuya protección se encomienda al juzgador y así se establece en el art. 158 del Código Civil, al facultar al Juez para que, de oficio, adopte las medidas en él contempladas, e, igualmente, en el art. 91 se impone al Juez la obligación de adoptar las medidas pertinentes, a falta de acuerdo entre los cónyuges, principio que es aplicable fuera de los procesos matrimonial[...].”*

El régimen de visitas, en términos de SOLETO MUÑOZ², “*Es un derecho-deber o derecho función (3) , y consiste en puridad en un sistema de visitas, comunicaciones y estancias del progenitor con el menor, mas en la práctica, y por la mayor importancia de la última medida, ha acabado residiendo en la determinación de las estancias, que se han calificado de visitas*”.

El derecho a mantener contacto y comunicación con los hijos menores, incluso para los progenitores privados de la patria potestad (160 y 161 CC), y con mayor motivo para los no privados de ella, sino únicamente de la guarda y custodia, constituye, en el marco del nuevo concepto de la responsabilidad parental, un derecho inderogable del hijo, para su propio desarrollo humano, personal y moral, indisociable, por defecto (salvo limitaciones del derecho excepcionales), de las relaciones paternofiliales, como una manifestación consustancial de la patria potestad.

Aludimos, insoslayablemente, a la más actualizada noción de responsabilidad parental, contrapuesta a la tradicional de patria potestad, en la medida en que esta última, en su histórica configuración, significado y aplicación, ha sido definitivamente desbordada, consecuencia de los marcos culturales y sociales dominantes en los países del entorno europeo, frente a los que, dicho sea con humildad, mostramos cierto espíritu crítico, por descansar en ideas, que si bien bondadosas, pecan de excesiva ingenuidad y dañan, al vaciarlas de contenido o limitar (más sobre los textos que sobre la realidad familiar, privada, autónoma y autosuficiente en códigos de convivencia, en la que ninguna norma estatal puede penetrar) las necesarias facultades de control y autoridad –términos que no tienen que asociarse automáticamente al castigo- que deben ostentar los progenitores sobre sus hijos para garantizar su recto y cabal avance y, por encima de todo argumento, para proteger y salvaguardar sus intereses e integridad (quizá, todo sea fruto de estigmatizar la idea de la autoridad familiar, por reputarla represiva, dura y lesiva para los menores, cuando, bien ejercida, es precisamente todo lo contrario, beneficiosa e instructiva).

Tal y como razona este autor en otro artículo, “*Conforme a las modernas y progresistas corrientes que vienen impregnando la legislación nacional, comunitaria e internacional sobre la infancia y la adolescencia, el concepto de potestad, que hunde sus raíces en el poder romano del pater familias, se ha ido desterrando paulatinamente para dar cabida a la idea de función o responsabilidad parental, recalcando con ello que la patria potestad no es un poder de los padres sobre los hijos sino un conjunto de deberes que debe ejercerse en beneficio de éstos. En este sentido, la STS de 31 de diciembre de 1996, proclama que «más que un poder actualmente se configura como una función en beneficio de los hijos menores».*³

Pues bien, el vínculo paternofilial, en sus distintas modalidades (natural, por adopción y reproducción asistida), conlleva el establecimiento de un fuerte lazo afectivo y material entre los hijos y sus progenitores que debe ser preservado y protegido en situaciones de quiebra familiar, ya sea por ruptura de éstos o por la adopción de alguna medida de protección del menor vulnerable o en desamparo por las Administraciones Públicas.⁴

² SOLETO MUÑOZ, H. (2010). La ejecución forzosa del régimen de visitas. *Práctica de Tribunales* nº 74. Sección Estudios. Pág.3

³ GÓMEZ LINACERO, A. (2022). Derecho de los progenitores a mantener contacto con los hijos sujetos a curatela o guarda administrativa y consecuencias de la falta de asentimiento a su adopción. *Diario la Ley*. 17 de febrero de 2021. Pág. 2.

⁴ Los mecanismos de protección de la infancia y la adolescencia pueden agruparse, en las siguientes instituciones, según sus efectos, causa y título habilitante: a) tutela por ministerio de la Ley, frente a situaciones de desamparo, con la consiguiente declaración y suspensión de la patria potestad, en los términos detalladamente previstos por el art. 172 CC, b) guarda provisional, que asumirá también la entidad pública, en cumplimiento del

Apunta LINACERO DE LA FUENTE⁵ sobre el derecho de comunicación y relación con los hijos menores que *“En efecto, se trata de un derecho-deber esencial que integra el contenido personal de la patria potestad (art. 154 CC). El derecho de los hijos de relacionarse con sus padres está consagrado en el art. 9.3 Convención de los derechos del niño, debiendo entenderse en sentido amplio más allá de un estricto derecho de visitas, como el derecho-deber a la compañía y a la comunicación continuada con el menor”*.

En el plano jurisprudencial, resulta ilustrativa la STS 663/2013, de 4 de noviembre, al proclamar sobre el particular que *“el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considera como un derecho básico de éste último, salvo que en razón de su propio interés pudiera acordarse otra cosa; así, los arts. 3 , 9 y 18 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (...), el art. 14 de la Carta Europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 y el art. 24.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”*.

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”*.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Sentencia de 23 de junio de 2020, con la gran trascendencia que han tenido y tienen las instituciones supranacionales en nuestro Derecho de la infancia y la adolescencia, *“ya ha declarado reiteradamente que el artículo 8 del Convenio implica el derecho de los padres a medidas adecuadas para reunirse con su hijo y la obligación para las autoridades nacionales de adoptarlas (véase, por ejemplo, Eriksson contra Suecia, 22 de junio de 1989, ap. 71, serie A núm. 156, Olsson contra Suecia (núm. 2), 27 de noviembre de 1992, ap. 90, Serie A núm. 250, Haddad contra España, núm. 16572/17, ap. 64, 18 de junio de 2019, y Zelikha Magomadova contra Rusia, núm. 58724/14, ap.107, 8 de octubre de 2019)”*.

Tan fuerte es el derecho de comunicación entre padre y madre e hijo, que como arriba advertimos, el art. 160 CC, en el seno de las medidas de protección a la infancia y a la adolescencia, tras la profunda reforma operada en su día por la Ley 26/2015, de 28 de julio, reconoce expresamente que los *“hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores”*, aun en el caso de no ejercer éstos la patria potestad, salvo disposición en contrario de la autoridad judicial o de la entidad pública (para casos de tutela o guarda que se materializan mediante el acogimiento familiar o residencial ex arts. 172 y ss. CC).

Merece atención especial advertir al lector que el artículo 160 del Código Civil articulaba el derecho de relación entre progenitores e hijos como un derecho propio de los progenitores, sujeto activo del derecho. Tras la profunda reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, fruto de la influencia de los textos, recomendaciones e instrumentos supranacionales sobre el menor (detallados en el Preámbulo de dicha Ley)⁶ y con el peso

deber de atención inmediata al menor impuesto por el art. 172.4 CC y 14 LOPJM y c) guarda voluntaria o judicial, amparada en el art. 172 bis CC, que tendrá lugar «cuando los progenitores o tutores no puedan cuidar de un menor por circunstancias graves y transitorias o cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”.

⁵ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2022). Tratado de Derecho de Familia. Valencia: Tirant Lo Blanch. Pág. 215.

⁶ Destacadamente el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y punto 8.14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño. Asimismo, Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional y Declaración de Naciones Unidas de Derechos del Niño, de 1959. Destacar también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho de 25 de octubre de 2007 y el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, de 25 de enero de 1996 .

sociocultural ejercido por el refundado concepto de responsabilidad parental, frente al clásico de patria potestad, el titular del derecho se invierte, pasando a configurarse como un derecho del menor.

En cualquier caso, y como es bien sabido, todas las instituciones y figuras jurídicas en que se ve envuelto un menor en toda su trayectoria vital, deben estar presididas, en su aplicación e interpretación, por el superior interés del menor, consagrado por el art. 2 LOPJM. Este principio, abierto o indeterminado, ha sido desarrollado por abundante jurisprudencia que por notoria –y no vinculada al trabajo- huelga desgranar. Por todas, Destacar la STS 78/2018, de 14 de febrero, al declarar que *“En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales”*.

El vigente art. 2 LOPJM, como sostiene LINACERO DE LA FUENTE⁷, *“ha incorporado tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años, como los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”*.

No debe perderse de vista, no obstante, que los nuevos modelos de familia, en constante y permanente transformación social, exigen no sólo comunicación entre progenitores e hijos, sino también, con otros interesados, entre los que históricamente destacan los abuelos, y entre los que igualmente podemos incluir a los hermanos y otros parientes y allegados (160.2 CC), para el recto desarrollo psicológico del menor o mayor con discapacidad y cuando su interés lo aconseje.

Dispone en este sentido el art. 160.2 CC que *“No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”*.

Señala la STS 126/2019, de 1 de marzo, que *“Cuando se plantea como cuestión a decidir el régimen de visitas y comunicaciones de menores de edad, no solo se plantea la relación, en caso de custodia monoparental, entre el progenitor no custodio y los hijos sometidos a potestad, sino también, aunque sean más excepcionales, las que reconoce el Código Civil en el art. 160, tras la reforma por la Ley 26/2015, respecto de abuelos, entre hermanos y otros parientes y allegados.*

La introducción del concepto allegados, en el art. 160.2 CC, tras la modificación implementada por la Ley citada, permite también incluir en el grupo de cotitulares (junto al menor) del derecho-deber de mantener comunicación y contacto, a personas sin indefectible vínculo consanguíneo, bastando la afinidad y la previa relación afectiva estable y permanente que justifique su mantenimiento tras la ruptura o crisis familiar.

Así, la STS 1 de marzo de 2019 razona que *“Ahora bien, esa falta de filiación biológica no puede impedir o ser un obstáculo para poder seguir manteniendo una amplia relación y contacto, dado que esa relación forma parte o se integra, sin duda alguna, en el concepto de persona allegada, según la terminología del Art. 160*

⁷ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2022). Op. cit., Pág. 270.

CC, pues como dice la referida STS de 12 de mayo de 2011, de acuerdo con la definición del diccionario de la RAE, *allegado*, “dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza”.

En otro punto, el establecimiento del sistema de visitas y comunicación entre menores y mayores o emancipados con discapacidad difiere sustancialmente en lo atinente de las reglas que preside su petición y adopción.

Afirma SOLETO MUÑOZ⁸ que *“La determinación de las visitas es un elemento cogente o imperativo del proceso de medidas provisionales y del proceso principal de nulidad, separación o divorcio, por lo que no precisará de solicitud de parte”*.

Así, la autoridad judicial deberá pronunciarse de oficio sobre la guarda y custodia en caso de existir hijos comunes menores (arts. 94 y 103.1º CC) al margen de que dicha medida sea instada o no por los progenitores.

La situación varía radicalmente cuando se trata de fijar el régimen de visitas del progenitor con el hijo mayor o emancipado con discapacidad, en que no regirá el principio de oficio, sino dispositivo, tal y como se desprende de la lectura literal del art. 94 CC, párrafo segundo, en cuya virtud *“el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior”*.

Por último, resaltar que el derecho de visitas, comunicación y estancia del menor con sus familiares, no es absoluto e indiscriminado, sino que puede suspenderse o limitarse por la autoridad judicial por incumplimiento grave o reiterado de los deberes impuesto por la resolución o cuando las circunstancias y el interés del menor o mayor con discapacidad lo aconsejaren (94 CC).

Entre los motivos de suspensión de las visitas y comunicaciones entre progenitores y menores y mayores o emancipados con discapacidad se encuentra la introducida con gran controversia y polémica política y jurídica por la reforma operada en la Ley 8/2021, de 2 de junio. Tras la reforma, el art. 94-4 CC establece la siguiente redacción: *“No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial.*

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior”.

Merece la oportunidad señalar que tras el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad por el grupo parlamentario VOX contra el art. 94-4 CC, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 106/2022, de 13 de septiembre.

Frente a la práctica que empezaba a extenderse entre los órganos judiciales de aplicar automáticamente la suspensión prevista por el art. 94-4 CC (automatismo que, aunque pueda resultar la regla general del precepto citado, se puede evitar a través de la facultad que concede

⁸ SOLETO MUÑOZ, H. (2010). Loc. Cit, Pág. 2.

al juez para establecer un régimen de visitas a pesar del proceso penal), el Tribunal Constitucional determina “*que el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas o estancias o la suspensión del mismo, incluso en los supuestos en los que un progenitor esté incurso en un proceso penal. Así resulta claramente si en la lectura del párrafo cuarto del art. 94 CC, no se omite su inciso tercero, que atribuye en todo caso la decisión relativa al establecimiento o no de un régimen de visitas y comunicación a la autoridad judicial, que deberá motivarla en atención al interés del menor. Por ello, puede concluirse que el párrafo cuarto del art. 94 del Código Civil carece de automatismo y no predetermina legalmente la privación del régimen de visita o estancia a ninguno de los progenitores*”.

El precepto impugnado “*no limita la posibilidad de que el órgano judicial valore la gravedad, naturaleza y alcance del delito que se atribuye a un progenitor, ni su incidencia en la relación paterno o materno filial, su carácter doloso o imprudente, la persona o personas directamente afectadas por el mismo, así como las concretas circunstancias del caso. El precepto impugnado faculta a la autoridad judicial para que pondere entre otras las consecuencias irremediables que el trascurso del tiempo de duración de la instrucción puede tener para las relaciones entre el niño y los progenitores que no viven con él, así como el carácter provisional de la condición de investigado en un proceso penal, pero también el deber de adoptar medidas eficientes y razonables para proteger a los niños de actos de violencia o de atentados contra su integridad personal*”.

A nuestro juicio, y coincidiendo con CRESPO LORENZO, “*La reforma beneficia a las víctimas de violencia de género que decidan denunciar a su pareja cuando existan hijos en común, al dar prioridad a la opción de suprimir el régimen de visitas al progenitor incurso en un proceso penal por maltrato*”, eventualidad que sólo puede fomentar o propiciar denuncias sin fundamento, incluso falsas.

1.2 GUARDA Y CUSTODIA: CONTENIDO Y MODALIDADES DE EJERCICIO

Vamos a exponer muy brevemente las notas principales del régimen de guarda y custodia adoptado en procesos de crisis familiar, medida regida por el principio de oficio y de orden público, cuyo pronunciamiento es preceptivo en toda crisis familiar con menores, a tenor de los arts. 90 y 92 CC y 774.5 LEC.

Dando por reproducidos los preceptos antes citados, de contenido más procedimental que material, en el proceso de decisión del régimen correspondiente debe diferenciarse entre el propuesto de común acuerdo entre los progenitores al adoptado sin el mismo por la autoridad judicial, siempre con informe del Ministerio Fiscal, cuando se considere necesario, oído el menor, y con la facultad del Juez de acordar un Informe psicosocial. Todo ello se materializará en un régimen de custodia compartida (de mutuo acuerdo o a petición de un cónyuge con aprobación del Juez) o exclusiva.

Ni la ley sustantiva ni la procesal definen el concepto de guarda y custodia. Simplificadamente podemos afirmar que la guarda y custodia son las atribuciones domésticas que por ministerio de la ley tienen los representantes legales de los menores, inherentes a la patria potestad o a la tutela, para cuidar, atender, supervisar, amparar y defender a la persona a su cargo, en relación de convivencia permanente y estable.

Sostiene RAGEL SÁNCHEZ⁹ que “*La palabra "guarda" tiene numerosas acepciones. Aunque la primera es "persona que tiene a su cargo y cuidado la conservación de una cosa", deriva del francés antiguo la expresión "ser una persona o cosa en guarda de uno", lo que quiere decir "estar bajo su protección o defensa" (2). Por su parte, la palabra "custodiar" significa, en su primera acepción, "guardar con cuidado y vigilancia" (3). Así, pues, las palabras guarda y custodia son prácticamente similares, aunque la segunda venga a suponer*

⁹RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2001). La Guarda y Custodia de los Hijos. *Revista de Derecho Privado y Constitución*, núm. 15, enero-diciembre. Pág. 282

*algo más que la primera, una guarda cuidadosa y diligente, y, por esa razón, al ir juntas, estas palabras vienen a indicar que la guarda o cuidado está reforzada”.*¹⁰

En otro orden, la fijación del régimen tiene como criterio preponderante, el ya referido superior intereses del menor, que viene reflejado, en la materia, entre otras, en las siguientes SSTs: 579/2011, de 22 de julio; 29 de abril de 2013, 495/2013, de 19 de julio; 758/2013, de 25 de noviembre; 757/2013, de 29 de noviembre; 616/2014, de 18 de noviembre; 16 de febrero, 26 junio y 9 de septiembre 2015: 28 de enero y 6 de abril de 2016; 27 de septiembre y 19 de octubre, 2017; 6 de abril de 2018; 18 de julio de 2019; 29 de marzo de 2021; 4 de octubre de 2021.

El derecho de audiencia del menor, junto con su interés, representa igualmente otro parámetro relevante para el establecimiento del correspondiente régimen de guarda y custodia (arts. 770.1 4 y 777, apdo. 5 LEC, arts. 92, 154.2, 156.2 159, 231 y 248 CC; arts. 2 y 9 “derecho fundamental a la audiencia del menor” LO 1/1996 de Protección jurídica del menor, modificados por la LO 8/2015, de 22 de julio. En la normativa internacional: art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24 Carta Europea de los Derechos Fundamentales y Observación General nº 14/2013, del Comité de los Derechos del Niño). El mismo derecho asiste a las personas con discapacidad (art. 770.4 LEC).

Igualmente, el criterio del Ministerio Fiscal (92.6 CC), los acuerdos o pactos de los progenitores no lesivos para el menor o persona con discapacidad (90,92 y 159 CC) también deben ponderarse en la adopción del régimen que proceda y los informes psicosociales son elementos de juicio relevantes para la autoridad judicial en la decisión correspondiente.

Destaca la STS 623/2009, de 8 de octubre de 2009, por establecer una serie de coordenadas o factores a ponderar en la decisión sobre el régimen de guarda y custodia, a saber: *“la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar familiar; los acuerdos adoptados por los progenitores; la ubicación de sus respectivos domicilios, horarios y actividades de unos y otros; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven”.*

El Alto Tribunal, asimismo, tiene reiteradamente declarado, desde la STS 257/2013, de 29 de abril, la preferencia, cuando el interés del menor y las circunstancias del caso lo indiquen, del régimen de custodia compartida, por ser, *prima facie*, más beneficioso para el menor. El Tribunal Supremo, en su sonada STS 257/2013 de 29 de abril declaraba sobre la custodia compartida que *“la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.* Igualmente, declara la STS de 12 de mayo de 2017 que *“La Sala viene reiterando la bondad objetiva del sistema de guarda y custodia compartida (SSTs 4 de febrero de 2016 ; 11 de febrero de 2016 ; 9 de marzo de 2016; 433/2016 , de 27 de junio)”. Las virtudes¹¹ del régimen de custodia*

¹⁰ Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/229886.pdf>

¹¹ a) *Se fomenta la integración del menor con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.* b) *Se evita el sentimiento de pérdida.* c) *No se cuestiona la idoneidad de los progenitores* d) *Se estimula la cooperación de los padres, en beneficio del menor, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia* (STS 52/2015, de 16 de febrero y 9/2016, de 28 de enero).

compartida vienen condensadas por la STS 338/2022, de 28 de abril y los criterios para su fijación (algunos de los cuales ya venían apuntados por la STS 623/2009), en la referida STS 257/2013, de 29 de abril, a la que nos remitimos.

Los sistemas de custodia compartida más comunes son: a) custodia compartida por semanas y b) custodia compartida por quincenas. Su petición debe realizarse de común acuerdo por los cónyuges o por uno sólo, pero en este último caso excepcionalmente y sin necesidad de informe del Ministerio Fiscal tras la STC 185/2012, de 17 de octubre¹² (arts. 92. 5 y 8 CC)”.

Cabe también, sin embargo, a tenor del art. 92 CC, cuando las circunstancias del caso lo propicien y en interés siempre del menor, atribuir la custodia exclusivamente a uno de los cónyuges o convivientes. En esta decisión, y según la STS 194/2018, de 6 de abril, se tendrá en cuenta: *“la mayor estabilidad material y emocional para el menor; el mantenimiento en su lugar habitual de residencia, colegio, ambiente social; las relaciones con el progenitor custodio y su mayor disponibilidad de tiempo para atender al menor o la no separación de los hermanos”.*

Excepcionalmente se admite la atribución de la custodia a un tercero, con fundamento en el art. 103.1ª CC, aplicable igualmente a las medidas definitivas según la jurisprudencia mayoritaria. Resulta ilustrativa la STS 47/2015, de 13 de febrero, que atribuyó la custodia a la tía del menor.

En consecuencia, el guardador puede ser tanto un progenitor en exclusiva, ambos progenitores de forma conjunta o, excepcionalmente, un tercero, pariente, allegado o institución idónea, siempre en interés del menor.

2. PRESUPUESTOS PROCESALES COMUNES DE RELEVANCIA PARA LA EJECUCIÓN DE HACER

2.1 PLAZO DE ESPERA DEL ART. 548 LEC EN LA EJECUCIÓN DE FAMILIA

El art. 548 LEC establece, con carácter general, un plazo de cortesía de veinte días, contados desde la firma de la resolución de condena, para la ejecución de las resoluciones judiciales y procesales, cuya observancia es imperativa para la admisibilidad de la demanda ejecutiva, instaurando lo que se conoce como período de cumplimiento voluntario de la prestación debida.

En consecuencia, es conveniente que, la pretensión ejecutiva, tanto dineraria como de entregar cosa distinta a una cantidad de dineraria o de hacer o no hacer, respete el plazo legal antes indicado, a fin de procurar el cumplimiento o pago voluntario por el condenado, tras la firma de la resolución.

Afirmamos la conveniencia de que el ejecutante respete el plazo de cortesía y no la necesidad, porque lo que impide el art. 548 LEC, es que el Tribunal despache ejecución sin que haya transcurrido ese plazo, lo que no impide, *a contrario sensu*, que el tribunal despache ejecución frente a una demanda ejecutiva presentada precozmente ante de ese plazo, aguardando el transcurso del tiempo que reste.

¹²*Ha de afirmarse que la previsión normativa que exige el informe favorable del Ministerio Fiscal ex art. 92.8 CC debe ser declarada contraria a lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pues corresponde exclusivamente al Juez o Tribunal verificar si concurren los requisitos legales para aplicar el régimen excepcional y, en el caso de que así sea, valorar si, en el marco de la controversia existente entre los progenitores, debe o no adoptarse tal medida” (dicha previsión legal también se considera contraria al art. 24 CE).*

La jurisprudencia menor mayoritaria respalda sin fisuras este margen de actuación del órgano de ejecución, aunque en la práctica forense es inusual que la parte ejecutante formule una demanda de ejecución sin respetar el referido plazo.

Refleja de forma ilustrativa esta posición el AAP Cáceres, Sección 1ª, de 5 de abril de 2018 al razonar *“El precepto no debe significar que, interesada la ejecución de una resolución judicial antes del transcurso del plazo indicado de 20 días, ésta se deba rechazar, como aquí se hizo indebidamente. Por el contrario, el juzgador de instancia debe tener por instada la ejecución de la resolución judicial, por ser ésta la voluntad del ejecutante, aunque no llevará a cabo la misma hasta que transcurra el plazo de 20 días, lo que conecta con que el verdadero destinatario de la norma sea el órgano jurisdiccional competente para la ejecución y no el ejecutante”*.

Igualmente, sostiene el AAP Tenerife, Sección 4ª, de 29 de noviembre de 2006, al declarar que *“El ejecutante puede presentar su demanda sin esperar a que transcurra ese término, pero el Tribunal no podrá despachar ejecución hasta que el mismo se cumpla, lo cual no conduce a denegar el despacho de ejecución, obligando así al acreedor a hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, conforme al artículo 552.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en una decisión claramente desproporcionada, sino que lo correcto en tal supuesto es dictar una resolución ordenando estar a la espera de que transcurra el expresado plazo legal”*.

Destacan igualmente en la misma dirección, los AAAP Toledo, Sección 1ª, de 26 de junio de 2003 y León, Sección 2ª, de 21 de julio de 2002.

En cuanto a la naturaleza del plazo de cortesía, esto es, si se trata de un plazo privado o extrajudicial que debe operar fuera del proceso partiendo de que el cumplimiento voluntario se rige por las normas de Derecho Civil de cumplimiento de las obligaciones y debe realizarse fuera del cauce procesal, o si por el contrario nos encontramos ante un plazo de corte procesal, la jurisprudencia mayoritaria, al margen de disquisiciones dogmáticas, le confiere rango procesal (Auto n.º 177/2017 de 19 de octubre de 2017 de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.ª, el Auto n.º 81/2017 de 1 de septiembre de 2017 dictado por la Audiencia Provincial de León, Sección 2.ª y el Auto n.º 10/2017 de 21 de febrero de 2017 de la Audiencia Provincial de Cuenca, Sección 1).

Por ello, y a pesar de que el precepto no lo disponga expresamente, del cómputo del plazo se excluirán los días inhábiles, conforme establece el art. 133 LEC, que debe servir para completar la omisión o inconcreción del art. 548 LEC (de ser un plazo privado quedaría sujeto a su cumplimiento en días naturales conforme la regla del 5.1 CC).

Existen, no obstante, excepciones a la máxima general del art. 548 LEC, basadas en la naturaleza sumaria del procedimiento y el carácter privilegiado del título; así ocurre, en virtud del art. 816.1 LEC, con los Decretos de archivo del procedimiento monitorio por falta de pago o incomparecencia, asimismo, y conforme al art. 440.3 LEC, con el Decreto de archivo del procedimiento de desahucio ante el desalojo de la vivienda sin pago de las rentas o cantidades, con las resoluciones de condena de desahucio por falta de pago (Decreto o Sentencia) o expiración legal o contractual de pago (únicamente Sentencia, ya que no cabe Decreto de archivo ejecutivo por incomparecencia), *ex* art. 459.3 y 4 LEC, con los Decretos de archivo por incomparecencia, falta de pago o desestimación, de las cuentas de abogado y procurador (34 y 35 LEC) , con el Auto tras la falta de oposición del deudor a la demanda de juicio cambiario (825 LEC) y con el Decreto de aprobación de liquidación de frutos, rentas, utilidades o productos (712 LEC).

Expuesto lo anterior, predicable en términos generales de la ejecución de títulos judiciales, sin distinción entre materias o disciplinas, se ha suscitado tradicionalmente la

aplicación del plazo del art. 548 LEC a la ejecución de los pronunciamientos condenatorios, es decir, de las medidas definitivas o provisionales acordadas de oficio (aquellas de orden público) o a instancia de parte (caso de la pensión compensatoria), en los procesos de familia, o lo que es lo mismo, de las Sentencias o Decretos dictados en procedimientos contenciosos o de mutuo acuerdo (sin perjuicio de la ejecutividad de las escrituras notariales que homologuen un divorcio o separación sin menores o personas con discapacidad).

En lo que aquí interesa, nos centraremos en el régimen de visitas y en la guarda y custodia, pronunciamientos sujetos al principio de oficio que debe adoptar forzosamente la autoridad judicial en las crisis familiares judicializadas, con unas conclusiones que pueden ser distintas a la ejecución de medidas patrimoniales dispositivas con base en la interpretación del art. 774.4 LEC, fundamental en la resolución del dilema planteado.

Dispone el art. 774.5 LEC que *“Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Letrado de la Administración de Justicia la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio”*.

Pues bien, partiendo del análisis y exégesis (con los criterios propios del art. 3.1 CC) del precepto transcrito, la jurisprudencia menor se encuentra dividida en la actualidad, si bien existe cierta prevalencia (fundada a nuestro juicio, como ahora veremos), en admitir la exclusión del art. 548 LEC para ejecutar las medidas personales o patrimoniales incluidas en la norma citada, por constituir medidas sujetas al principio de oficio y regidas por disposiciones de derecho necesario por afectar al interés del menor (*favor filii*).

Entre los exponentes judiciales que sostienen la aplicación del art. 548 LEC a las ejecuciones de familia podemos encontrar los siguientes, a título ilustrativo:

AAP Madrid, Sección 22ª, 119/2012, de 13 de abril de 2012:

“A fin de ofrecer una adecuada, en cuanto ajustada a derecho, respuesta judicial a la controversia en tal modo suscitada, y partiendo de lo decidido mediante Decreto de 5 de noviembre de 2010, por el que se aprobó el acuerdo alcanzado por las partes sobre liquidación del régimen económico matrimonial, parece necesario recordar que, a tenor de lo prevenido en el artículo 548 LEC, según la redacción vigente al tiempo de ser dictado el Auto apelado, el tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado. Y se añade en el siguiente precepto que sólo se despachará ejecución a petición de parte, en forma de demanda en la que se expresarán los datos que recoge a continuación dicho precepto.”

AAP Zaragoza, Sección 2ª, 11/08, de 15 de enero de 2008:

“Es de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 548 L.E.C. que permite al ejecutante instar la ejecución una vez transcurridos veinte días desde la notificación de la aprobación del Convenio al ejecutado. No fijándose plazo alguno en el Convenio habrá de estarse a la norma específica sobre el plazo de espera de la ejecución de resolución judicial, sin necesidad de requerimiento alguno al ejecutado, conforme lo anteriormente expuesto, no siendo por consiguiente de aplicación lo dispuesto en el art. 1118 del C.Civil, como acertadamente entiende el auto recurrido”.

En el plano opuesto podemos citar el AAP Barcelona, Sección 3ª, de 22 de febrero de 2006, en cuya virtud *“Como bien señala la Juez de la instancia no es aplicable dicho plazo de espera (20 días) a los procedimientos matrimoniales, pues privaría de toda virtualidad al auto de medidas previas cuya vigencia, en principio se limita a treinta días hábiles; debiendo tener en cuenta que estamos refiriéndonos, en el presente caso, a las pensiones alimenticias de tres hijos menores de edad, y, lo que no puede pretenderse es que vía aclaración, o por el plazo de dicho precepto, se retrase el devengo de la pensión de alimentos, pues la necesidad de dichos menores subsiste y permanece, no entendiéndose que genere indefensión al padre, sino a los menores en su derecho a ser alimentados por sus progenitores en solución de continuidad; debiendo tener en*

cuenta que el auto de medidas es firme desde que se dicta, pues conforme el art. 771.4 LEC no cabe contra el mismo recurso alguno.”

Asimismo, alineado con la inaplicación del art. 548 LEC, el AAP Valladolid, Sección 1ª, de 4 de septiembre de 2008 declara que *“Resulta que el aludido mandato de espera de 20 días genéricamente previsto en la ley procesal, se compadece mal con los pronunciamientos dictados en procesos especiales como los relativos a demandas de nulidad, separación y divorcio, y en especial en los supuestos de medidas provisionales, sean previas o coetáneas, dado que se trata de resoluciones que son inmediatamente ejecutivas y que, en cuanto a estas últimas, despliegan su eficacia hasta que son sustituidas por las que establezcan definitivamente la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo, lo que determina que se trata de pronunciamientos de ejecución directa, articulándose para su adopción un cauce y trámite ágil que desemboca en una rápida resolución judicial que por la peculiar materia de que se trata y el especial objeto a cuya finalidad tienden, son evidentes razones de orden público las que exigen preservar y garantizar desde el mismo momento en que recae resolución firme el interés superior a que obedece su adopción.”*

Mantienen idéntico parecer, entre otros, los AAAP Cádiz, de 11 de octubre de 2010 y Barcelona, de 22 de febrero de 2006.

Enunciadas las posiciones de la jurisprudencia menor y el objeto principal de la discusión, nuestro criterio o valoración particular no puede ser otra que descartar de plano la aplicación del art. 548 LEC en sede de ejecución forzosa de familia, con base y fundamento central en el texto literal del art. 774.4 LEC y su desenvolvimiento procesal, así como en la naturaleza y alcance de las medidas provisionales y definitivas aprobadas en un proceso de crisis familiar.

Es decir, y esto entronca con el apartado relativo a la ejecución provisional o inmediata de las medidas reguladoras de la crisis familiar, si las medidas, tanto provisionales como definitivas, tienen por finalidad ordenar y reglamentar las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges o convivientes con sus hijos menores o mayores con discapacidad comunes, evitando, desde la misma quiebra de la relación, que las necesidades a que responden dichas medidas queden sin cubrir o proteger desde su dictado, carece de toda lógica jurídico-procesal y de fondo concluir del siguiente modo:

a) Exigir la firmeza de la Sentencia o Auto que contenga pronunciamiento de medidas atinentes a los menores (caso del régimen de custodia y visitas). En este caso, la ejecución de las medidas no firmes encuentra amparo en los arts. 517.2.º y 774.5 LEC

b) Exigir, además, el transcurso del plazo del art. 548 LEC. Si la Sentencia es ejecutiva sin necesidad de firmeza, queda automáticamente sin efecto el citado precepto, que parte, de presupuesto básico y objetivo, del hecho de la firmeza, momento que sirve de *dies a quo* para computar el plazo de cortesía.

Es decir, desde el instante en que el art. 774.5 LEC declara que las medidas dictadas en Sentencia sean ejecutivas inmediatamente por ministerio de la ley, el legislador excluye la regla general de firmeza para la ejecución proclamada por el art. 517.2 LEC y, por extensión, del plazo de cortesía del art. 548 LEC,

Cabe aludir, en apoyo de la exclusión del art. 548 LEC en las ejecuciones de familia, por la referencia o influencia de la institución, la conclusión alcanzada por el III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia de 28 a 30 de octubre de 2009, partidaria de inaplicar el citado plazo.

2.2 ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EJECUTIVAS Y MANTENIMIENTO O NO DE LA EJECUCIÓN PARA INCUMPLIMIENTOS FUTUROS

Entre las cuestiones más discutidas históricamente sobre la ejecución de familia, aplicable igualmente a la ejecución ordinaria, encontramos la procedencia o no de la acumulación de diferentes pretensiones ejecutivas, amparadas en el mismo título (incluso es distinto título pero procedente del mismo órgano judicial y, por tanto, con la misma regla de competencia funcional por origen del art. 545.1 LEC), contra el mismo ejecutado, al no venir expresamente regulada la acumulación objetiva de acciones dentro de la ejecución judicial del Libro III LEC.

Afirma COBEÑA RONDÁN¹³ sobre la controversia que *“En efecto, cabe preguntarse si es posible acordar la acumulación de ejecuciones que tengan por objeto el cumplimiento de prestaciones de diversa naturaleza, personales o patrimoniales. En estos casos, atendiendo a la diferente regulación de las ejecuciones dinerarias y no dinerarias y a su distinta naturaleza, e igualmente atendiendo a razones de eficacia, tal como ha demostrado la experiencia en los Juzgados de Primera Instancia y de Familia, este tipo de pronunciamientos debe ser objeto de ejecución separada. Por las mismas razones tampoco procedería acordar la acumulación de procedimientos de ejecución que se sigan entre las mismas partes cuando intervengan en cada uno de ellos con una condición diferente, esto es, con alternancia en las ejecuciones que se tramitan de la cualidad de ejecutante y ejecutado”*.

No mantiene el mismo criterio MARTINEZ SANTOS¹⁴ para quien *“todos los procesos de ejecución, con independencia de la obligación que contenga el título ejecutivo, y no existiendo obstáculo legal, es posible reunir una ejecución dineraria con otra que exija la entrega de una cosa, un hacer o un no hacer”*.

Por otra parte, el Encuentro de Jueces de Familia con la Abogacía de Familia y los Gabinetes de Psicología y Trabajo Forense, mantiene que *“Es viable la acumulación de ejecuciones provenientes de distintos títulos desde su inicio toda vez que tal posibilidad no está prohibida expresamente en la LEC. La acumulación de ejecuciones pendientes ante el mismo juzgado procederá en los términos establecidos en el artículo 555 de la LEC. P*

Por tanto, también ha de ser posible en el caso de títulos de distintos juzgados (modificación de medidas dictadas por otro Juzgado, Juzgado Violencia de Género y Juzgado de 1ª instancia o Familia) y de medidas definitivas dictadas por juzgado distinto de aquel que conoció de las medidas provisionales previas. Esta propuesta se basa en la necesidad de que se modifique el principio dispositivo en los supuestos de procesos de ejecución que se sigan frente al mismo ejecutado, para que, en los supuestos de ejecución forzosa de obligaciones económicas respecto de menores o discapacitados, pueda efectuarse la acumulación incluso de oficio. Se pone de manifiesto la necesidad de una reforma legal contemplando un proceso de ejecución específico para los asuntos del Derecho de Familia, incluso regulando una especie de Derecho Concursal de Familia”.

A nuestro juicio, la solución al debate generado debe ser propensa a la admisión de la acumulación, no de procesos, sino de pretensiones ejecutivas de distinta naturaleza, basadas en otro título de la misma clase (o incluso en otro competencia funcional del mismo Juzgado), porque a pesar de no existir norma específica como en los procesos declarativos (arts. 71 y ss. LEC, que entendemos inaplicables a la ejecución por ausencia de identidad necesaria para la analogía), en la medida en que el art. 555 LEC permite la acumulación de ejecuciones ya abiertas, sin distinguir entre la clase de ejecución instada (de dar, hacer o no hacer), con mayor motivo se debe permitir la acumulación de la pretensión ejecutiva *ab initio*, esto es, al presentar la demanda ejecutiva.

¹³ COBEÑA RONDAN, E. M^a. (2020). *Aspectos prácticos del proceso de ejecución civil*. Bosch. Disponible en La Ley 7611/2020. Pág. 1.

¹⁴ MARTINEZ SANTOS, A. (2002). La acumulación de ejecuciones en el proceso civil. *Diario La Ley*. N° 5515, Sección Doctrina.

Mantenemos, en consecuencia, que una misma demanda ejecutiva, al amparo del art. 555 LEC, puede acumular acciones ejecutivas de diferente naturaleza (dineraria y no dineraria), cada una sujeta a su régimen de ejecución forzosa y con causas de oposición adaptadas a la pretensión ejecutada, que podrán hacerse valer en la mismo escrito de oposición.

En nada influirá que los trámites para llevar a término coactivamente lo juzgado difieran para la pretensión dineraria y la no dineraria, pudiendo sustanciarse las debidas actuaciones en el mismo proceso de ejecución, que no terminará hasta que estén satisfechas todas las pretensiones ejecutivas.

Tampoco afectará que la oposición, aunque sometida a los motivos de oposición del art. 556 LEC, puede articularse en distintas excepciones, tanto sustantivas como procesales, ya que, alegadas todas o algunas de ellas en el mismo escrito de oposición, podrán resolverse de manera unificada en el mismo Auto, con pronunciamientos separados para cada motivo de oposición frente a la pretensión ejecutiva correspondiente y consecuencias suspensivas o no que en función del resultado del fallo anuda el art. 561.2 y 3 LEC ante un eventual recurso de apelación.

Como argumento de refuerzo para fundamentar la tesis de la acumulación, además del estrictamente legal, encontramos el principio pro actione, que impide limitar el acceso a la jurisdicción (en este caso la ejecutiva), sino es por causas claramente establecidas, así como razones de economía procesal, que permiten unificar todas las medidas ejecutivas en el mismo procedimiento, lo que además evita actuaciones espurias del ejecutante en búsqueda de múltiples ejecuciones con sucesivas costas procesales de su titularidad.

En otro orden, el presente apartado incluye en su rúbrica otra discusión, circunscrita de manera exclusiva a la ejecución de familia, por la especial naturaleza de las prestaciones personalísima de hacer de tracto sucesivo y vencimiento periódico de guarda y custodia y régimen de visitas (luego veremos en que se traduce este rasgo constitutivo de las medidas indicadas).

Se trata de dilucidar la adecuación procedimental de la decisión de mantener abierta la ejecución para absorber o atraer futuros incumplimientos de la misma medida de familia ejecutada.

Es decir, si, como luego veremos, una vez incumplido el régimen de visitas o el sistema de guarda y custodia, y salvando los casos de estimación de la oposición, no cabe el cumplimiento tardío de los períodos de disfrute o ejercicio del derecho (sin perjuicio de la recuperación o compensación de los mismos por el titular del derecho ejecutado), se plantea la posibilidad de extender la vigencia de la ejecutoria ante hipotéticos incumplimientos futuros, para evitar así la concatenación de sucesivas ejecuciones, argumento que cobra especial relevancia cuando nos encontramos ante desobediencia sistemática del ejecutado a las medidas adoptadas.

Pues bien, aunque puede resultar admisible, incluso aconsejable en términos prácticos, librar requerimiento al ejecutado, una vez precluido el trámite de oposición o desestimada la misma, para advertirle de las consecuencias, incluso penales, de futuros incumplimientos, no encontramos fundamento procesal para mantener abierta, *ad cautelam*, una ejecución por obligación de hacer de familia (como la guarda y custodia o las visitas), y no existe, con la regulación actual, otra respuesta que el archivo de la ejecución, una vez constatado el incumplimiento y acordada o no la recuperación de los periodos no disfrutados.

Esta regla, sin embargo, debe permitir cierto margen al órgano judicial, para a la vista de las circunstancias del caso y del repetido principio de respuesta legal flexible en procesos de familia con menores o personas con discapacidad, decretar la subsistencia de la ejecución por un período razonable cuando la rebeldía o contumacia del ejecutado sea patente y manifiesta, lo que además otorgará consistencia y facilidad probatoria en caso de trascender los hechos a la jurisdicción penal.

3. LA EJECUCIÓN DE LA GUARDA Y CUSTODIA Y DEL RÉGIMEN DE VISITAS

3.1 GUARDA Y CUSTODIA

La pretensión ejecutiva de cumplimiento del régimen de guarda y custodia tendría posible cabida procesal en todo proceso de crisis familiar en que existan hijos menores comunes, no cabiendo guarda y custodia de ningún tipo sobre mayores o emancipados con discapacidad.

Por otra parte, la demanda de ejecución del régimen de guarda y custodia puede articularse en los siguientes supuestos o escenarios:

a) Incumplimiento por el progenitor no custodio o tercero que tuviera en su compañía a los hijos comunes del deber de entregar a los mismos al titular de la guarda y custodia exclusiva (que puede ser el otro progenitor, abuelo o un tercero) tras la ejecutividad de la medida (Auto de medidas provisionales o Sentencia definitiva, que no firme). Es decir, incumplimiento *ab initio* del régimen, una vez acordado el mismo.

b) El mismo incumplimiento anterior, en caso de custodia compartida, cuando su ejercicio corresponda iniciarlo al progenitor que no tuviera en su compañía a los menores, frente al progenitor o tercero que tenga en su compañía a los menores.

c) Incumplimiento del deber de entregar a los hijos comunes para el ejercicio de la guarda y custodia compartida durante la vigencia de la misma por el titular del período correspondiente.

d) Incumplimiento del progenitor no custodio, abuelos o parientes del deber de entregar a los hijos comunes al guardador tras la finalización del régimen de visitas, comunicación y estancia.

e) Incumplimiento por el progenitor no custodio o por un tercero del deber de entregar al menor al custodio cuando los menores hayan decidido voluntariamente irse a vivir con éstos por desavenencias con aquél.

No debe perderse de vista, no obstante, que los anteriores supuestos deben completarse con la posible intervención de la jurisdicción penal cuando concurren los requisitos objetivos y subjetivos del delito de sustracción de menores tipificado en el art. 225 bis CP, recientemente modificado tras la Ley 8/2021, de 4 de junio, de protección de la infancia y adolescencia.

La jurisprudencia más actualizada del Tribunal Supremo, reflejada en la STS 340/2021, de 23 de abril, que ya recibe acomodo en la disposición legal vigente del precepto penal antes citado, se ha encargado de detallar que el elemento del tipo afecta al incumplimiento del deber de entrega del menor por el progenitor, sea éste custodio o no custodio (menor con custodia compartida sustraído por uno de los progenitores, progenitor no custodio que no entrega al

menor tras la finalización del régimen de visitas y, el caso más complejo, progenitor custodio que no entrega al menor para hacer efectivo el régimen de visitas). No obstante, no toda sustracción tendrá trascendencia penal, sino que debemos encontrarnos ante un incumplimiento grave e injustificado del deber de entrega.

De lo anterior deducimos los potenciales y probables esquemas en orden a la legitimación activa y pasiva en la ejecución de la guarda y custodia:

-Legitimación activa:

a) Progenitor guardador exclusivo o en régimen de custodia compartida que deba iniciar o proseguir su ejercicio.

b) Tercero (pariente, abuelo o institución) que haya recibido excepcionalmente la atribución de la guarda y custodia.

c) Ministerio Fiscal.

-Legitimación pasiva:

a) Progenitor no custodio que incumpla el deber de entrega finalizado el régimen de visitas.

b) Progenitor custodio que no entregue al menor concluido su período de guarda compartida o que tuviera al menor en su compañía por razones de hecho sin título jurídico habilitante (ni custodia ni visitas).

c) Pariente abuelo, allegado o tercero que no entregue al menor una vez finalizado su régimen de visitas o que tuviera al menor en su compañía por razones de hecho no amparadas jurídicamente.

En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal, el art. 749.2 LEC dispone que *“En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, persona con discapacidad o esté en situación de ausencia legal”*.

A pesar de que dicha disposición se circunscribe sistemáticamente con el proceso declarativo previo de crisis matrimonial causa de la ejecución, debe interpretarse extensivamente a la ejecución en que existan menores o personas con discapacidad con intereses concurrentes, criterio que viene además respaldado por el propio Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en la configuración de las funciones del Ministerio Público en los distintos órdenes jurisdiccionales (art. 3.7 EOMF).

La ejecución de la guarda y custodia puede comportar por tanto, según lo expuesto, distintas modalidades ejecutivas, cada una con diferente recorrido procesal, margen de actuación y facultades de coerción para el cumplimiento de la medida, con la casuística antes citada, aunque todas ellas guardan un nexo en común, a saber: impedir el cumplimiento regular y puntual de la guarda por su titular o cotitular, con pérdida de éste en su ejercicio en los tiempos marcados por la resolución ejecutada.

Ello plantea el dilema del modo idóneo y jurídicamente ortodoxo de restablecer al ejecutante en el período de carencia de su derecho-deber, en caso de admitirse tal facultad, o si por el contrario no cabe restablecimiento de ningún tipo, sin perjuicio del siempre útil mecanismo del recurso a los Puntos de Encuentro, para evitar reincidencias en el ilícito civil.

3.2 RÉGIMEN DE VISITAS

Esta modalidad ejecutiva procede ante el incumplimiento por parte del guardador del régimen de visitas establecido en favor del menor con su progenitor no custodio, abuelo hermano pariente o allegado o ante el incumplimiento de estos últimos del deber de acoger y recibir al menor en el momento de su traslado.

Es decir, el incumplimiento del titular del derecho-deber de visitas de entregar al menor a su finalización no se encuadraría en esta variante de la ejecución, sino en la ejecución de la guarda y custodia.

Legitimación activa:

a) Progenitor o tercero guardador que no puede hacer efectivo el traslado del menor o discapaz para que el no custodio haga efectivo su régimen de visitas porque este lo impide.

b) Titular del derecho-deber del régimen de visitas (progenitor no custodio o terceros familiares o allegados) que no recibe a los hijos comunes en el momento fijado para el disfrute del derecho.

Legitimación pasiva:

a) Guardador que no traslade al menor o mayor con discapacidad con el titular del derecho-deber del régimen de visitas, ya sea directamente o a través de un Punto de Encuentro.

b) Titular del derecho-deber de visitas que se niega a recibir al menor o mayor con discapacidad.

Respecto la naturaleza de la ejecución, nos remitimos a lo reflexionado en el apartado que precede para la ejecución de la guarda.

4. ITER PROCESAL DE LA EJECUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA Y/O REGIMEN DE VISITAS: REQUERIMIENTO, PERÍODO DE CUMPLIMIENTO U OPOSICIÓN Y FASE DE APREMIOS PERSONALES O PATRIMONIALES

Los principales problemas derivados de la ejecución del régimen de guarda y custodia y/o visitas (y, en general, de toda ejecución de familia por obligación de hacer) afloran por la ausencia de un procedimiento reglado y pormenorizado específico ajustado a la especial naturaleza del título ejecutado, más allá de las previsiones genéricas del art. 776 LEC, que remite a las disposiciones generales de la ejecución forzosa con una serie de especialidades.

Una de esas especialidades es la que, según la doctrina mayoritaria y jurisprudencia menor de referencia, constituye el núcleo central en la reglamentación procesal de la ejecución de la guarda y custodia y visitas, concebida como una prestación de hacer personalísima.

Así, el art. 776.2ª LEC dispone 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 artículo 709 y podrán, si así lo juzga conveniente el Tribunal, mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto*”.

Dicho precepto debe, por tanto, integrarse, siempre que exista compatibilidad, con el art. 709 LEC, en cuya virtud “*1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo*”.

sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél 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 tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706.

Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal”.

Esta es, por tanto, la corriente dominante en la determinación del tipo de ejecución que entraña el cumplimiento forzoso del sistema de guarda y custodia y visitas, conceptuándola como una obligación de hacer, extremo relevante pues condiciona el procedimiento aplicable y las medidas ejecutivas.

Propugna, en esta dirección, la SAP Pontevedra, 445/2011, Sección 1ª, de 7 de septiembre, que *“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”.*

A pesar de esto, determinadas modalidades de incumplimiento de la guarda y custodia permitirán acudir a fórmulas de apremio personal o coerción directa, como si de un deber de entrega se tratará, y no de un hacer, en una visión dúctil, transigente y heterodoxo de nociones civiles y procesales consolidadas, en pro siempre del interés del menor, principio que fundamenta construcciones jurídicas o interpretaciones especiales de nuestras instituciones, particularmente las procesales.

Precisamente por esto, este criterio rector, el del menor, que irradia también los esquemas del proceso, como razona la SAP de Pontevedra antes indicada, *“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 cuanto a los presupuestos procesales comunes (legitimación, postulación, procedimiento aplicable, capacidad para ser parte, etc.) nos remitimos a las disposiciones correspondientes de la LEC, por no tener relevancia de ningún tipo de estudio, dada la claridad de su regulación y ausencia de conflictos en su aplicación.

Con todo ello, la materialización procesal del sistema de ejecución de hacer para hacer efectivo el modelo de guarda y custodia o régimen de visitas y comunicación aprobado por Sentencia comprendería, según la citada corriente, las siguientes actuaciones:

4.1 AUTO Y DECRETO EJECUTIVOS. EL AUTO DESPACHANDO EJECUCIÓN ACORDARÁ EL REQUERIMIENTO AL EJECUTADO PARA QUE ENTREGUE AL HIJO COMÚN O PERMITA O NO IMPIDA EL DISFRUTE DEL RÉGIMEN DE VISITAS, EN EL PLAZO Y TIEMPO QUE CONSIDERE EL JUEZ O MAGISTRADO (705 LEC), Y EL DECRETO EJECUTIVO HARÁ EFECTIVA ESA ORDEN LIBRANDO EL OPORTUNO REQUERIMIENTO EN FORMA.

No es necesario que el requerimiento judicial, como luego veremos, incorpore advertencia expresa sobre las consecuencias que su incumplimiento reiterado y contumaz puede comportar para el ejecutado en vía penal, ya que el tipo penal del delito de desobediencia a la autoridad no lo exige (STS. 1219/2004, de 10 de diciembre, con cita de las SSTs 821/2003 y la 16/15, de 2003), aunque ello no obsta para que se integró tal advertencia a fin de compeler al ejecutado, por el efecto disuasorio o de presión que despliega tal manifestación, máxime cuando el destinatario del requerimiento sea profano en Derecho (aunque, como veremos también más adelante, para la apreciación del delito de desobediencia a la autoridad, son necesarios, por lo menos, dos requerimientos, el inicial y el posterior de reiteración, ya que el incumplimiento de lo decretado debe ser persistente para integrar el elemento jurisprudencial del tipo).

El Auto ejecutivo, además, podrá apercibir al ejecutado con el empleo de multas personales (699 LEC).

4.2 NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL REQUERIMIENTO AL EJECUTADO, JUNTO CON EL AUTO Y DECRETO EJECUTIVOS.

En principio, en una ejecución ordinaria o convencional, tanto el Auto como el Decreto ejecutivos, incluso el requerimiento, podían y debían notificarse a través del Procurador del proceso declarativo previo, obligado a continuar en sus funciones de representación, hasta la ejecución total de la Sentencia por imperativo del art. 28.1 LEC, en cuya virtud *“Mientras se halle vigente el poder, el procurador oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si intervinere en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste”*.

La misma afirmación debe predicarse respecto de los Procuradores de designación por justicia gratuita, al disponerlo expresamente el art. 7 LAJG, con el límite temporal de 2 años del art. 31 del citado texto legal.

Esta posición, indiscutiblemente coherente con la ley vigente, venía además auspiciada por el art. 553 LEC conforme al cual el Auto y Decreto ejecutivos serán notificados *“simultáneamente al ejecutado o, en su caso, al procurador que le represente”*.

Sin embargo, y a pesar de que las disposiciones legales reproducidas son, a nuestro juicio, contundentes y meridianas, el Tribunal Constitucional, en STC 110/2008, anuló una comunicación practicada en una ejecución a través del Procurador del proceso declarativo (como en otras ocasiones, dilapidando el avance en las comunicaciones judiciales, que tanto merman los recursos de los Juzgados).

Señala esa Sentencia que *“En efecto, las resoluciones judiciales recurridas, partiendo de la idea de que el proceso de ejecución es un apéndice o continuación del proceso declarativo previo, consideraron que el acto de comunicación de la demanda ejecutiva al Procurador que había tenido el ejecutado en el previo proceso declarativo era conforme a derecho en aplicación de lo dispuesto en el art. 28 LEC. (LA LEY 58/2000) Este precepto, en el que el Juez basó principalmente su decisión, dispone que “mientras se halle vigente el poder, el Procurador oír y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso*

las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso de asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste". Es decir, se trata de una norma que, al igual que el art. 153 LEC (LA LEY 58/2000), prevé la realización de los actos de comunicación judicial con las partes a través de su Procurador, pero partiendo de la premisa de la existencia de un poder de representación vigente y de la necesidad de comunicar actos judiciales que se producen en el curso de un proceso, circunstancias que no concurrieron en el caso de autos.

Ciertamente, en el presente supuesto, se trataba de un proceso nuevo y autónomo del de separación, en el que era preciso, conforme exige el art. 553.2 LEC (LA LEY 58/2000), realizar la diligencia de notificación de la demanda ejecutiva a la persona del ejecutado para que pudiese personarse a través del Abogado y Procurador de su elección y, formular, de este modo, su escrito de oposición a la demanda ejecutiva. Sin embargo el Juez no cumplió con lo preceptuado en esa norma, impidiendo que la parte ejecutada se personase en la ejecución para oponerse a la pretensión de la ejecutante.

El órgano judicial, no veló, pues, por la correcta constitución de la relación jurídica procesal al despachar la ejecución, y tampoco actuó con posterioridad conforme al principio pro actione para permitir el ejercicio del derecho de defensa de la parte ejecutada una vez que el Procurador del proceso declarativo comunicó al ejecutado la existencia de la demanda ejecutiva".

Tras el dictado de la citada Sentencia la dinámica de notificar la ejecución al Procurador del proceso declarativo quedó indudablemente proscrita, teniendo en cuenta el carácter vinculante de la doctrina constitucional (art. 5.1 LOPJ).

Tal como señala MAGRO SERVET, "Sin embargo, con esta sentencia, el TC ha fijado su doctrina en esta materia en cuanto al análisis del acceso a la jurisdicción al entender que el proceso de ejecución es un nuevo proceso y que la expresión «ejecutado» debe personalizarse en la de la parte, no el procurador. Señala así el TC que tras presentarse la demanda despachando ejecución en el presente supuesto, se trataba de un proceso nuevo y autónomo del de separación, en el que era preciso, conforme exige el art. 553 LEC 2000 realizar la diligencia de notificación de la demanda ejecutiva a la persona del ejecutado para que pudiese personarse a través del Abogado y Procurador de su elección y, formular, de este modo, su escrito de oposición a la demanda ejecutiva. Sin embargo el Juez no cumplió con lo preceptuado en esa norma, impidiendo que la parte ejecutada se personase en la ejecución para oponerse a la pretensión de la ejecutante. Con ello, está claro que el TC considera que debe realizarse en la persona de la parte, el ejecutado".

En cualquier caso, y al margen de lo anterior, el requerimiento personal y directo al ejecutado en las ejecuciones por obligaciones de hacer es imprescindible en la acreditación de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para reputar cometido el delito de desobediencia a la autoridad judicial (STS 22 de marzo de 2017; lo comprobaremos en el apartado oportuno).

4.3 CUMPLIMIENTO DE LO REQUERIDO (CUANDO ELLO SEA POSIBLE), INCUMPLIMIENTO Y/O FORMULACIÓN DE OPOSICIÓN: FINALIZACIÓN FATAL DE LA EJECUCIÓN O CONTINUACIÓN HASTA LA ENTREGA DEL HIJO COMÚN.

4.3.1 Régimen de visitas

El cumplimiento de lo requerido no admite materialmente su ejecución en el régimen de visitas, por la duración escueta de las visitas, comúnmente durante los fines de semana alternos. Es decir, cuando el ejecutado reciba el requerimiento, el momento de disfrute de las visitas habrá terminado, tanto si se trata de ejecución de las visitas por incumplimiento del guardador del deber de traslado de los menores con el progenitor no custodio o tercer titular del derecho como si el titular del derecho-deber de visitas se niega a recibirlos del guardador.

Esto es, fuera de los casos de estimación de la oposición, una vez efectuado el requerimiento, y comprobado que el menor se encuentra con el guardador o disfrutando de las visitas que en ese momento procedan, la ejecución debería archivar, pues la prestación nació

y venció antes del requerimiento, y ningún restablecimiento tardío admitirá (en los términos que más adelante comprobaremos).

Si la ejecución se sigue para que el guardador permita el régimen de visitas, como dicho régimen habrá vencido ya, la ejecución deberá correr la misma suerte antes vista (no obstante las ampliaciones o compensaciones que luego indicaremos), aunque cierto sector doctrinal, en línea con el principio de flexibilidad que debe regir la ejecución de familia y toda institución procesal de esta categoría, razone la necesidad de continuar la ejecución hasta que se haga efectivo el siguiente régimen de visitas posterior al despacho (lo que no tiene mucho sentido, porque habrá sucesivos regímenes de visitas, todos ellos potencialmente incumplibles que petrificarían la ejecución).

4.1.1. Guarda y custodia

La ejecución de la guarda presenta las mismas aristas y complejidades procesales que las visitas, toda vez que, aunque el período de guarda y custodia es más amplio, el incumplimiento que se reclame habrá vencido a la fecha de la demanda ejecutiva.

Ahora bien, cuando el régimen de visitas se haya prolongado por el no guardador (progenitor, abuelo, hermano, pariente o allegado *ex art. 160 CC*), cabe sostener que se mantendrá la ejecución hasta que se produzca la entrega definitiva al guardador, aunque con ello transcurran los períodos ordinarios de la guarda y de las visitas, sin perjuicio de la oportuna acción penal y de la suspensión –aunque no por prejudicialidad por falta de conexión- entre tanto se resuelva el proceso penal, en una conducta de manual claramente incardinable en el delito de sustracción de menores.

En este supuesto, y al margen de la intervención del orden penal, que tendrá carácter subsidiario, podrían admitirse medios de ejecución propios de las obligaciones de dar cosa distinta a una cantidad de dinero (obviamente se trata de una extrapolación pragmática ya que las personas no permiten entrega como las cosas ni son susceptible de prestación), como la intervención de las fuerzas de seguridad, para la entrega del menor.

La finalización fatal de la ejecución tiene también otra excepción, y es la ejecución de la guarda y custodia inmediatamente posterior a la ejecutividad de la misma, es decir, del primer ejercicio de la guarda y custodia, frente a quién tenga en su compañía a los hijos menores comunes.

En este caso, podrá mantenerse abierta la ejecución hasta la entrega de los hijos menores, incluso podrá justificarse el empleo de apremios de tipo personal o sobre la persona, como el antes propuesto.

4.4 OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA Y/O RÉGIMEN DE VISITAS, ESTANCIA Y COMUNICACIÓN: INTERPRETACIÓN AMPLIA Y FLEXIBLE DE LAS CAUSAS DE OPOSICIÓN SIN SOMETIMIENTO AL SISTEMA TAXATIVO O RÍGIDO DE MOTIVOS DEL ART. 556.1 LEC.

Dispone el art. 556.1 LEC, también aplicable a los procesos de ejecución de familia, que *“Si el título ejecutivo fuera una resolución procesal o arbitral de condena o un acuerdo de mediación, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, laudo o acuerdo, que habrá de justificar documentalmente.*

También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva, y los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público”.

Las causas de oposición de títulos judiciales están previstas o concebidos para lo que representa el grueso de las ejecuciones de la jurisdicción civil derivadas de Sentencias condenatorias dictadas en el ejercicio de acciones o derechos nacidos de un negocio jurídico o contrato con obligaciones o prestaciones de dar, hacer o no hacer, la mayor parte de contenido patrimonial.

La condena, entonces, se cumple o se incumple, admitiéndose dentro del concepto de pago o cumplimiento no sólo la entrega de la cosa o prestación del servicio, sino todos los medios de extinción de las obligaciones (compensación, condonación, confusión, etc). y las formas especiales de pago (dación en pago, cesión de bienes, consignación...) de los arts. 1156 y ss. CC, así como las creadas por la jurisprudencia (renuncia, desistimiento o mutuo disenso). Advierte en ese sentido la STS 169/2016, de 17 de marzo, que el art. 1156 CC no agota todas las formas de extinción de las obligaciones.

En la ejecución de las medidas personales de familia, pueden sobrevenir sin embargo obstáculos o impedimentos, relacionados en muchos casos con la conducta o actitud de los hijos comunes, que hacen difícilmente ejecutable o realizable el cumplimiento exacto de la medida y el correlativo ejercicio del derecho por el otro titular.

Existe, en ese sentido, una tendencia progresiva a admitir entre las causas de oposición a la ejecución de familia por obligaciones personalísimas, motivos o razones que, si bien no sean subsumibles en puridad en el art. 556.1 LEC, acrediten o prueben de algún modo, la falta de voluntad, tanto activa como pasiva, del ejecutado en el incumplimiento de la prestación debida.

Ello significa, en el plano inverso, que los guardadores o los titulares de cada régimen de visitas, deben desplegar una conducta activa para salvaguardar la efectividad del resto de derechos-deberes que afecten a los menores o personas con discapacidad, lo que implica igualmente impedir con su pasividad que el hijo común se sustraiga del cumplimiento de las medidas, para lo que se exige una supervisión o cautela sobre el mismo.

No es suficiente escudarse en la actuación unilateral del hijo común, cuando ésta frente al cumplimiento de las medidas, para que la causa de oposición prospere, porque del comportamiento del menor es responsable el guardador o no guardador que lo tenga en su compañía (en las personas con discapacidad mayores o emancipadas no cabe hablar ya de responsabilidad o tutela sobre las mismas, tras la radical reforma operada por la Ley 8/2021).

Nos parecen ilustrativa las conclusiones alcanzadas en esta línea en el “Encuentro de los Jueces de Familia con la Abogacía de Familia y los Gabinetes de Psicología y Trabajo Forense”, desarrollado los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2022. En torno a la oposición a la ejecución de familia, precisan dichas conclusiones que *“Han de considerarse admisibles como causas de oposición a la ejecución aducibles por el ejecutado otros motivos distintos de las causas tasadas legalmente, porque de no admitirse, se podrían sancionar judicialmente como válidas actuaciones de la parte ejecutante incurtidas en un abuso de derecho, contrarias a la buena fe y/o constitutivas de un enriquecimiento injusto del artículo 7.2 del CC y 11.2 de la LOPJ.*

Estos motivos se sustentan en hechos concretos y fácilmente constatables, con prueba suficiente, que desvirtúan la pretensión de ejecución de la medida en cuestión porque los hechos tenidos en cuenta para adoptarla han desaparecido o se han modificado; esos hechos, de naturaleza meramente interpretativa o integradora de la

medida objeto de ejecución, pueden determinar la ineficacia o insuficiencia sobrevenida del título por inexigibilidad de la obligación, o, inclusive, la nulidad sobrevenida del título al amparo del art. 559.1, 3º LEC”.

Continua argumentando el texto citado que “Solo en supuestos extraordinarios se deben admitir tales causas de oposición como por ejemplo :que la pareja haya reanudado la convivencia sin comunicar al juzgado y luego reclama ese periodo , el cambio de guarda y custodia del alimentista...”.

Un claro exponente judicial de esta posición aparece condensado en el AAP Madrid, Sección especializada, de 26 de junio de 2009, que da por válido el incumplimiento de la guarda y custodia exclusiva de la madre porque el menor, en estado de edad avanzado, prefirió quedarse con el padre, mientras se sustanciaba además una modificación de medidas en tal sentido.

Afirma la referida resolución que “SEGUNDO: Cierto es que la regla general, en orden a la ejecución de las sentencias y resoluciones en general, es la del cumplimiento en sus propios términos de lo acordado por el tribunal, según dispone el artículo 18 (LA LEY 1694/1985) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985), si bien no es posible soslayar las especiales circunstancias que concurren en la ejecución derivada de los procedimientos matrimoniales, en razón de las particulares circunstancias que se pueden producir con posterioridad al dictado de la sentencia que pretende ejecutarse, afectantes dichas circunstancias a hijos menores que han cumplido una concreta edad y cuya voluntad no es posible soslayar, sobre todo si se tiene en consideración que en el presente caso se ha consumado una situación familiar fáctica que no es posible ignorar, al tiempo que queda constancia de un procedimiento de modificación de efectos en trámite, pendiente de resolución, en el que se ha practicado prueba suficiente, parte de la misma ha sido incorporada a la presente ejecución en esta alzada, para resolver provisionalmente según conviene al interés a proteger, afectante a un hijo menor.

Por otra parte, tampoco es posible olvidar lo dispuesto en el artículo 9 (LA LEY 167/1996) de la Ley 1/1996, 15 de enero, dado que “el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo judicial en que esté directamente implicado, y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social...”.

4.5 SOLICITUD DEL EJECUTANTE DE IMPOSICIÓN DE MULTAS COERCITIVAS AL EJECUTADO Y DICTADO DE AUTO IMPONIENDO LAS MISMAS.

Pudiera debatirse si la imposición de multas es automática tras el incumplimiento y falta de formulación de oposición a la ejecución (aunque la oposición no suspende la ejecución *ex art. 556 LEC*) o, sí por el contrario, debe promoverla el ejecutante.

La solución, en principio, según el tenor literal de la expresión “solicitar” del art. 709 LEC, es que el recurso al apremio patrimonial coercitivo es una facultad de parte, que sin embargo debe hacerse extensiva no sólo al ejecutante, sino también al Ministerio Fiscal. Así lo interpreta también, entre otras, la SAP Madrid, Sección 22ª, 372/2010, de 5 de noviembre.

Pero, una vez desatendido el requerimiento por el ejecutado e instada la imposición de multas por el ejecutante, ¿queda el tribunal constreñido por esa petición o tiene margen de actuación para denegar la misma?

Para responder a tal interrogante hemos de acudir a la regulación del art. 709 LEC, toda vez que la regla particular del art. 776.2ª LEC nada dispone sobre la cuestión, remitiéndose al primer precepto, cuya recta interpretación no parece admitir alternativa al tribunal frente a la petición del ejecutante

La multa coercitiva o apremio patrimonial, recogida para la ejecución de hacer, en el art. 699 LEC, y para la ejecución de familia, específicamente, en el art. 776.2ª LEC, es definida por la STC 239/1998 (aunque referida al orden administrativo la definición es extrapolable) como “una medida de constreñimiento económico, adoptado previo el oportuno apercibimiento, reiterada en lapsos de tiempo y tendente a obtener la acomodación de un comportamiento obstativo del destinatario del acto”.

Por su parte, la SAP Pontevedra, 445/2011, Sección 1ª, de 7 de septiembre, refiere que “No se trata de una “ sanción ” contra el progenitor incumplidor, sino una medida en defensa del interés del menor”.

Para SÁNCHEZ RIVERA, son características de esta figura, las siguientes:

“-La discrecionalidad, que se predica respecto de dos aspectos: su cuantía y la decisión sobre su imposición. Se entiende que son discrecionales respecto a su cuantía, siempre dentro de los límites que se regulan.

- La conminatoriedad, al suponer una amenaza para el patrimonio del deudor.

- La accesoriedad, respecto de una resolución judicial o un acto administrativo cuyo acatamiento se desea exigir”.¹⁵

Condensa la esencia de la institución estudiada el AAP Castellón, Sección 2ª, 105/2008, de 10 de septiembre, al señalar que “para determinar tal concepto es fundamental atender al calificativo de “coercitiva”. Efectivamente, este tipo de multas tan sólo tienen sentido cuando tienen una finalidad y virtualidad coercitiva, esto es, como sanción con la que compeler a la persona obligada por el título de ejecución a realizar el hacer personalísimo al que está obligada, y con la que contribuir a doblegar su resistencia a cumplir dicha obligación de hacer”.

Nos parece igualmente ilustrativo el AAP Cádiz, Sección 5ª, 161/2014, al apuntar que “la multa coercitiva prevista en el art. 709.3 en relación con el 711 de la LEC... se impone en apremio y refuerzo coactivo de un resultado que no forma parte del contenido de la obligación que efectivamente incumbe a la interpelada y aquí se deduce, no depende únicamente de su voluntad, criterio o diligencia, ni está al alcance de lo que puede satisfacer por sí, con sus propios medios”.

Por otra parte, debe tenerse presente, que la jurisprudencia menor mayoritaria (en el ámbito del régimen de visitas, pero aplicable igualmente en esta sede) únicamente permite la imposición de multas coercitivas prevista por el art. 776.2ª LEC ante un incumplimiento rebelde, obstativo y continuado del requerimiento judicial ejecutivo, condición o requisito no previsto legalmente frente al que no podemos más que manifestar nuestro rechazo, toda vez que supone exigir una reiteración incumplidora que en ningún caso se prevé legalmente, en un ejercicio judicial de modificación legislativa encubierta que debe ser reprobado. La ley es terminante y no precisa interpretación en este extremo (*In claris non fit interpretatio*).

Fiel representación de este planteamiento lo encontramos, entre otras, en la SAP Madrid, Sección 22ª, 372/2010, de 5 de noviembre, según la cual “Dicho lo que antecede, el sentido y significado de la imposición de la multa coercitiva prevenida legalmente se explica y se interpreta en aquellos supuestos en los que, ciertamente, ya se ha producido un incumplimiento abierto y reiterado del mandato judicial, al tiempo que, iniciada la ejecución, se ha reiterado dicho incumplimiento, no obstante los requerimientos judiciales cursados y, en su caso, los apercibimientos procedentes, en el supuesto de incumplir dichos requerimientos judiciales.

Es decir, se trata de una medida última y definitiva, una vez que se constata la desobediencia de la parte en la ejecución de la resolución en sus propios términos, por lo que se prevé el mantenimiento en el tiempo de dicha multa en aquellos supuestos en los que el incumplimiento, no solamente es reiterado, sino también duradero y permanente en el ámbito temporal, en perjuicio de la otra parte y, por ende, de la prole, cuando se trata de la efectividad real de medidas personales”.

Con idéntico criterio se pronuncia también la SAP Cáceres, Sección 1ª, 197/2008, de 19 de noviembre, al exigir un plus subjetivo de intencionalidad incumplidora, dejadez, pasividad o rebeldía deliberada del ejecutado para poder imponer la correspondiente multa.

¹⁵ SÁNCHEZ RIVERA, P. (2012) Las indemnizaciones coercitivas. *Diario La Ley*, nº 7919, Sección doctrina, 10 de septiembre. Editorial LA LEY.

Las multas o apremios patrimoniales, si bien suelen ser residual en la práctica forense, no tienen ese carácter secundario o subordinado en su configuración legal, y se ofrecen al órgano judicial, a instancia de parte, como una herramienta eficaz frente a ejecutados solventes para compelerles la ejecución eficaz de la medida acordada en su día.

Resulta especialmente gráfico en materia de guarda y custodia compartida y el uso de las multas coercitivas el AAP Palmas, Sección 3ª, 59/2009, de 5 de marzo, cuyos fundamentos de derecho declaran que *“el incumplimiento, que no se niega, ha venido determinado por el hecho de que el menor no ha querido ir a casa de la madre por motivos personales del menor (la madre por lo visto no permitía que el menor llevara consigo a su perro) y dicha decisión fue permitida por el padre, cierto es que el padre, al menos no consta, se opusiera a que el hijo fuera a casa de la madre pero lo que si no está acreditado es que pusiera él todos los medios a su alcance para que el régimen de custodia compartido se cumpliera y estos medios pasan no solo de intentar convencer al menor de la necesidad de acudir al domicilio materno sino también de adoptar otras medidas, incluso coercitivas, en el supuesto de que sus razonamientos no convencieran al menor - como también las adoptaría en los supuestos en los que no convenciera a su hijo de la necesidad de ir al colegio, tomar medicinas si estuviera enfermo o cuando tratara de evitarle un mal tanto físico como psíquico- y esta falta de adopción de medidas eficaces es lo que pone de manifiesto una conducta de incumplimiento pues no hay que olvidar que en el presente caso sobre ambos progenitores pesan, afín de que pueda llevarse a buen la custodia compartida, sendas obligaciones de carácter personalísimo, dado que el incumplimiento de la obligación de entrega que pesa sobre el progenitor custodio no es recomendable sea sustituido por la intervención de terceras personas (fuerzas del orden) por los problemas de tipo psicológico que ello comportaría para el equilibrio del menor y resultar contraria al interés de éste y al del propio progenitor que desea comunicar con su hijo”*.

Respecto a la cuantía de las multas coercitivas, mensuales y sin sujeción al plazo máximo de un año del art. 709 LEC, nuestra ley procesal establece los criterios para su determinación en el art. 711.1 LEC, cuyo tenor literal dispone que *“Para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas. Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por ciento del precio o valor y la multa única al 50 por ciento de dicho precio o valor”*.

Lo cierto es que dichos parámetros no son de utilidad en la fijación del *quantum* de la multa para obligaciones de familia personales, como la entrega de los menores para hacer efectiva la guarda y custodia o el régimen de visitas, ya que dichas prestaciones no tienen, por su propia definición y naturaleza, carácter patrimonial ni valor económico, estando previsto el art. 711.1 LEC para prestaciones negociales, de hacer o no hacer, estipuladas en un contrato por un precio o asignación económica.

Habrán de ponderarse, por tanto, en ausencia de coordenadas legales, entre otros factores, la gravedad del incumplimiento, su entidad, duración y consecuencias del mismo para el menor.

En otro punto, y aunque algún sector, con el respaldo del art. 776.1ª LEC y del art. 711 LEC tras la reforma opera por la Ley 13/2009, ha defendido que la competencia para la imposición de las multas corresponde al Letrado de la Administración de Justicia, el art. 709 LEC, en relación con el art. 776.2ª LEC, es inequívoco en su atribución al Juez o Magistrado, mediante una resolución que deberá revestir la forma de Auto (no compartimos la idea, ampliamente extendida, que sostiene la imposición de multas por Providencia), por ser ésta la clase de resolución expresamente contemplada por el art. 709 LEC.

A mayor abundamiento, la competencia del Letrado Judicial para la imposición de multas se reserva por el art. 776.1ª LEC ante el incumplimiento de obligaciones dinerarias, además de que el término Tribunal del art. 776.2ª LEC es equivalente a juez o tribunal, por carecer el Letrado de la Administración de Justicia, según reiterada doctrina del Tribunal

Constitucional (por todas, STC 15/2020, de 18 de enero) de funciones jurisdiccionales (aunque, tras las reformas de 2003 y 2009, es indudable que ejercen, en no pocas ocasiones, potestades cuasijurisdiccionales).

En cuanto al régimen de recursos contra la resolución de imposición de multas coercitivas, será el general de reposición de los arts. 451 y ss. LEC, no siendo susceptible de recurso de apelación. En este sentido, razona el AAP Barcelona, Sección 4ª, 168/2008, de 25 de noviembre, que *“entendemos que no cabe admitir que los actos resolutorios de la reposición sean definitivos, y, por tanto, apelables con carácter general, sino que la apelación sólo puede admitirse en los casos tasados en que se autoriza expresamente, como antes se ha dejado expuesto. Ello aplicado al caso presente, resulta que de lo expuesto por el propio recurrente, la decisión recurrida era la imposición de una multa, su fundamento se encuentra los arts. 699 de la LEC y 711 y dichos preceptos no prevén la apelación, como tampoco la resolución puede entenderse como definitiva, Y en igual sentido se han pronunciado otras Audiencias, así la SS de la Audiencia de Cáceres, de 13 de Septiembre de 2001, establece que el requerimiento del art. 589 es de mero trámite y no resolución definitiva, o la de Ávila de 21 de Junio de 2007, en la que literalmente se expone « El Art. 455 de la LEC establece que las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellas otras que la Ley expresamente señale, serán apelables en el plazo de 5 días. La LEC no señala en el art. 589 y 591 que los Autos dictados resolviendo las providencias dictadas acordando la imposición de multas coercitivas sean recurribles en apelación. Por ello nos hemos de atener a la dicción general del art. 455 de la LEC, no considerando definitivo el Auto recurrido, por lo que el mismo no es apelable y, en consecuencia, desestimándose el recurso de queja interpuesto”.*

Debe también indicarse que la naturaleza de la multa es estrictamente judicial, no gubernativa, como la multa que acarrea la mala fe procesal prevista por el art. 247 LEC, por ser una medida ejecutiva destinada a lograr el cumplimiento de lo fijado en el despacho de la ejecución, y no una sanción penalizadora o ejemplarizante, como si lo pudiera ser la ya citada o la que puede recaer sobre Abogados y Procuradores conforme las reglas de los arts. 552 y ss. LOPJ (estas multas además están sujetas al régimen de recursos de los actos administrativos).

La multa en la ejecución de hacer o no hacer, ante el incumplimiento en el tiempo establecido de una prestación positiva o negativa declarada en resolución condenatoria, si bien es cierto que también presenta función coercitiva o penalizadora, tiende más, en su orientación o finalidad, a compeler o constreñir al ejecutado a realizar lo debido, bajo la fatalidad de ser multado sistemáticamente hasta lograr la tutela ejecutiva, y en el caso de familia, con más fuerza o presión si cabe, ante la ausencia de límite temporal de duración de la multa.

4.6 EJECUCIÓN DE LA MULTA: ¿VOLUNTARIEDAD O VÍA DE APREMIO?

Una vez impuesta formalmente la multa, y al margen de la interposición de recurso de reposición contra la misma (que no tendrá, de ordinario, carácter suspensivo *ex* arts. 451.3 y 567 LEC), es imprescindible preestablecer el modo y mecanismo para llevar a término la multa, surgiendo, en primer término, el interrogante de si debe hacerse efectiva por la vía de apremio o debe concederse un período de pago voluntario.

No nos encontramos ante una resolución de condena, ni que pueda ejecutarse fuera del proceso en que se impuso, motivo que lleva a rechazar de plano la vigencia del art. 548 LEC; estamos ante una multa pecuniaria accesoria al título ejecutivo y medida para su consecución, como podría serlo, en la ejecución dineraria, el embargo de cuentas corrientes para lograr la satisfacción del crédito del ejecutante.

Más allá de debates académicos sobre el régimen de ejecución de la multa, en el plano operativo resulta poco trascendente si otorgar al multado un período razonable de pago de la multa o, si por el contrario, proceder directamente a su exacción forzosa y, cualquier de las dos opciones, nos parecen igual de válidas, siendo razonable requerir de pago a través de la

representación procesal por un plazo de cinco días desde la firmeza a través de su representación procesal.

Descartamos, en todo caso, requerir de ingreso voluntario de la multa a ejecutados no personados, por la dilatación que puede comportar para la consecución del fin de la multa y de la propia efectividad de la misma, sin perjuicio de notificarle en su domicilio o, llegado el caso, por edictos, el Auto de imposición de la multa (a pesar de que, a nuestro juicio y el mayoritario, a los ejecutados no personados no se les debe notificar ninguna resolución, salvo aquellas legalmente previstas, que les afecten personalmente o pongan fin al proceso).

No consideramos, por otra parte, extrapolable el sistema de ejecución de las penas de multa de la jurisdicción penal del art. 53 CP, por la ausencia total de identidad y parangón con la multa analizada.

Por lo demás, para la exacción forzosa de la multa impuesta deberá acudir a las disposiciones de la ley procesal sobre la vía de apremio en la ejecución dineraria de los arts. 584 y ss. LEC y aplicarse, tras la oportuna averiguación patrimonial, las reglas de prelación de embargos del art. 592.2 LEC.

Además, y conforme al art. 709.3 LEC, aplicable a la ejecución de familia con la salvedad del plazo de duración, *“Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero”*.

Estos requerimientos, como ya hemos anticipado, serán fundamentales ante una hipotética acción penal por desobediencia a la autoridad judicial.

4.7 PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR

Es procedente fijar en la resolución final de la ejecución por incumplimiento del régimen de visitas o de guarda y custodia un sistema de traslado y recepción de los menores en Puntos de Encuentro, para evitar desavenencias y conflictos entre los progenitores o titulares de derecho, con los apercebimientos oportunos si no se produjera el traslado del menor al centro público en los momentos establecidos.

No vamos a ahondar en esta forma de ejecución de las medidas por estar sobradamente tratada en diferentes textos.

4.8 IMPROCEDENCIA DEL SISTEMA DE MULTAS Y REQUERIMIENTOS EN PRESTACIONES PERSONALÍSIMAS DE FAMILIA QUE NO ADMITEN OPCIÓN JURÍDICA DE CUMPLIMIENTO TARDÍO Y VENCEN PERIÓDICAMENTE CON EL TRANSCURSO DEL PLAZO DE SU DISFRUTE O EJERCICIO

Las prestaciones personales objeto de las medidas de familia, concretamente el régimen de visitas y la guarda y custodia, la primera siempre y la segunda en determinadas circunstancias (ahora las diferenciaremos), son prestaciones de cumplimiento sucesivo que se agotan en cada franja temporal de ejercicio o disfrute, por lo que ninguna efectividad o fundamento tendrá la imposición de multas mensuales para lograr el cumplimiento de una prestación que, por su alcance y contenido, no admiten tal posibilidad.

Lo anterior es predicable respecto de todo régimen de visitas (porque ninguna demanda ejecutiva será tan rápida como para despacharse durante el corto período que dura el régimen de visitas, tanto para perseguir que el guardador entregue al hijo o hijos al no custodio como

para que éste reciba a los hijos comunes) y en relación a la custodia compartida o custodia exclusiva siempre que no sea la inicial antes de comenzar a su ejercicio.

En la custodia compartida existen períodos de titularidad sucesivos cronológicamente, con lo que, si un progenitor, transcurrido su franja de custodia, no entrega el menor al otro cónyuge, y este reclama la tutela ejecutiva, el sistema de apremios por multa (y, aquí, también la posible vía penal por sustracción, aunque con carácter *ultima ratio*) tendrá respaldo para propiciar la entrega de los menores, pero no en el supuesto de que ésta ya se haya producido, no obstante la posibilidad de acordar, como luego veremos, que el tiempo que los hijos no estuvieron con el guardador que correspondía se les reintegre o compense ampliando una determinada franja de custodia del mismo, en detrimento del incumplidor, mediante su recuperación.

Es decir, vencido el período de disfrute del régimen de visitas, comunicación y estancia o transcurrido el plazo de ejercicio de la guarda y custodia (exclusiva o compartida), los requerimientos, que no podrán hacerse *ad cautelam* ante una futura e hipotética reiteración del presunto incumplimiento, y las multas, carecerán de toda virtualidad, al no ser mecanismos aptos, por lógica, para restablecer la medida incumplida.

Los requerimientos y las multas periódicas tienen justificación procesal si la relación jurídico material subyacente causa del título ejecutivo y éste mismo establecieron a cargo de una de las partes una prestación de hacer o no hacer de tracto único o sucesivo que admiten cumplimiento tardío sin restar eficacia al derecho del acreedor.

Por ser gráfico, el que en un contrato se compromete a realizar a una obra literaria frente a una editorial, incumple y resulta condenado en Sentencia, puede ser forzado mediante el sistema de multas a que cumpla lo concertado o, en su caso, se acuda a la indemnización por equivalente o *id quod interest*.

O, en las obligación de no hacer, el contratante que se obliga a no pasar con su vehículo por un determinado camino, o a tolerar el paso de camiones por su propiedad o no levantar un muro, quebranta el deber de tolerar o no hacer, y es condenado a deshacer lo mal hecho y abstenerse a quebrantar en lo futuro, el sistema de multas sirve para compelerle o bien a abstenerse y tolerar lo acordado o bien a restablecer la actuación realizada, siempre que el no hacer sea susceptible de reiteración.

En el régimen de visitas y en determinadas modalidades de guarda y custodia, la prestación de hacer, una vez incumplida, no admite restablecimiento ni cumplimiento forzoso o por equivalente al que puedan ser de utilidad las multas, sin perjuicio de las compensaciones o recuperaciones de derecho perdido en los términos que ahora veremos.

Por ello, ni siquiera la imposición de una sola multa, como castigo, encuentra razón de ser en el incumplimiento de las visitas y determinadas formas de incumplimiento de la guarda.

En realidad, de toda la reflexión que antecede, puede inferirse que la ejecución por incumplimiento de obligaciones familiares de cumplimiento sucesivo circunscrito temporalmente no otorga ninguna tutela ejecutiva en sentido estricto, porque no se puede reestablecerse la relación jurídica de familia al tiempo de su ejercicio (custodia) o disfrute (visitas), ya agotados, ni sustituirse por su equivalente económico (alternativa que, ante prestaciones de hacer o no hacer personalísimas como las de familia suple la inviabilidad del cumplimiento tardío).

Mecanismo de indemnización que, a nuestro juicio, no nos parece atrevido implantar en sede de ejecución de familia en sustitución de la multa, a costa del ejecutado, primero a modo de castigo y segundo a modo de resarcimiento (aunque este tipo de relaciones o situaciones personalísimas no participan de la naturaleza de las instituciones patrimoniales), con el establecimiento de baremos o importes legales, en función del tipo y grado de incumplimiento (mucho más lógico que el importe obtenido de los fondos del ejecutado vaya a parar al perjudicado o ejecutante, y no al Estado, que no ostenta ninguna titularidad en el litigio ejecutivo).

Sabemos que no es una propuesta meticulosa o sólida en sus cimientos, pero la ejecución de familia y los propios procesos de familia, tienen unos tintes tan escurridizos jurídicamente, volátiles, cambiantes y elásticos que, sus problemas y resoluciones, con más trasfondo social o cultural que legal en muchos casos, deben ser también abiertos o dinámicos y sin sujeción a corsés reglamentistas.

La doctrina mayoritaria es, sin embargo, contraria a dicha posición. Razona SOLETO MUÑOZ¹⁶ que “*La patrimonialización del incumplimiento, es decir, la indemnización en vez del cumplimiento in natura de la obligación de entregar el hijo al guardador, permitir las visitas determinadas por el juez o cumplirlas, es un instrumento rechazado por la doctrina; no se debe admitir la novación de la obligación de guarda o de visitas en otra pecuniaria, y no se aplica en la práctica, puesto que no es posible mercantilizar las relaciones personales que son objeto de la medida*”.

A lo sumo, repetimos, lo que si cabe, descartado el cumplimiento tardío, por carente de eficacia, y el equivalente económico (a salvo de una hipotética reforma), es compensar o recuperar el período de incumplimiento en el disfrute o ejercicio del derecho por el ejecutante, ampliando el ordinario u oficial fijado en Sentencia, siempre previa petición del ejecutante y una vez desestimada una posible oposición o precluido el plazo para formularla, o de oficio por el Juez al afectar a una materia de orden público.

5 CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL SISTEMA DE GUARDA Y CUSTODIA O RÉGIMEN DE VISITAS: RECUPERACIÓN Y AMPLIACIÓN DE LOS PERÍODOS DE CUSTODIA NO EJERCITADOS O DEL RÉGIMEN DE VISITAS NO DISFRUTADO Y MODIFICACIÓN CAUTELAR O DEFINITIVA DE LAS MEDIDAS EN LA EJECUCIÓN

Como hemos visto, rechazado, por improcedente, el resarcimiento por equivalente ante el incumplimiento de las medidas personalísimas de guarda y visitas, y descartado igualmente el cumplimiento tardío de la obligación, por afectar a una prestación de tracto sucesivo agotada temporalmente, así como la viabilidad de mantener abierta la ejecución *ad cautelam* para absorber o acumular pretensiones ejecutivas futuribles, el ejecutante vería mermado injustamente su título ejecutivo, al no encontrar mecanismo natural o alternativo de satisfacción (por eso hemos defendido, aun siendo conscientes de no ser una proposición fina jurídicamente, que la multa se sustituya por una indemnización al ejecutante, en las cuantías que se fijen).

Para evitar tal realidad, y aunque nuestro sistema ejecutivo legal no lo establece, deben establecer o fijarse, atendido al parámetro de flexibilidad que rige los procesos de familia en aplicación del principio del menor, instrumentos o fórmulas *ad hoc* de cuño jurisprudencial para

¹⁶ SOLETO MUÑOZ, H. (2010). Loc. Cit. Pág. 5.

reparar al titular de la guarda o de las visitas en el disfrute o ejercicio de sus derechos, aunque sea en modo relativo o compensatorio.

Aquí es donde entra en juego la admisibilidad de atribuir, de oficio, por afectar a menores o personas con discapacidad, al ejecutante, un período adicional sobre el oficial u ordinario fijado en la Sentencia, para el ejercicio de la guarda o el disfrute de las visitas, en proporción al grado y tiempo de incumplimiento del ejecutado.

Afirma SOLETO sobre el particular que *“también es posible, y en la práctica se realiza, la compensación de los periodos de visita debidos a causa del incumplimiento de la parte guardadora de los menores”*.

El repetido encuentro de Jueces, forenses, abogados y trabajadores sociales de 2022 repetido a lo largo del trabajo destaca sobre la legitimidad de tal facultad compensatoria o ampliatoria que *“En caso de no ser contrario al interés del menor y en aras los principios de igualdad y de tutela judicial efectiva, sería conveniente añadir en dicho precepto una previsión que ya se contempló en el Real Decreto-ley 16/20, de 28 de abril, sobre medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia; de forma que sea factible, en supuestos de dolo o negligencia del progenitor guardador, además de modificar cautelarmente el sistema de custodia ante el incumplimiento reiterado del régimen de visitas, la posibilidad de restablecer, recuperar o resarcir el periodo de relaciones perdido, con cargo a los días que le corresponden al progenitor custodio que ha imposibilitado la relación, siempre y cuando se considere que se trata de una medida adecuada, proporcional y equilibrada para lograr el efectivo cumplimiento de la obligación en beneficio del menor”*.

Se trata de alterar, en definitiva, el contenido o fallo de la Sentencia ejecutada, lo que prima facie, infringiría la doctrina sobre la invariabilidad de las resoluciones judiciales y la ejecución en sus propios términos de las Sentencias, que por notoria huelga citar (por todas, SSTC Tribunal 207/1988 y 34/1993).

Sin embargo, debemos realizar dos apreciaciones sobre la aparente colisión de este planteamiento, avalado por la práctica ordinaria forense, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la invariabilidad de las resoluciones (214 LEC) y la ejecución en sus términos de las Sentencias (18.2 LOPJ):

a) Como tantas veces hemos repetido a lo largo del trabajo, los procesos de familia, tanto declarativos especiales como ejecutivos, se rigen por el principio de flexibilidad procesal (el principio de flexibilidad en la respuesta legal en materia discapacidad se proclama por la STEDH de 27 de marzo de 2008, caso Shtukaturov contra Rusia y STEDH de 17 de enero de 2012, caso Stanev contra Bulgaria, de aplicación directa en los tribunales españoles en virtud de la regla de supremacía y eficacia directa Derecho Comunitaria (art. 4 bis LOPJ).

b) Con este mecanismos resarcitorio o compensatorio no se altera o modifica el contenido de la Sentencia o Auto sobre medidas ejecutado, ya que las medidas adoptadas se mantienen en sus términos y formas de ejercicio o disfrute. Lo que se produce es una recuperación *a posteriori*, vencida la obligación de hacer de tracto sucesivo, del derecho no ejercido (guarda) o disfrutado (visitas), en beneficio siempre del menor, verdadero depositario del mismo. Se evita así la incoherente y aberrante conclusión de dejar indemne al ejecutado incumplidor y desprotegido, sin tutela judicial, al ejecutante perjudicado.

Esta decisión, bien sea solicitada por la parte o adoptada de oficio, debería revestir la forma de Auto, en que se concretará con claridad la forma de disfrute o ejercicio del período perdido y la duración de los mismos, con apercibimiento en caso de desobediencia, recuperación que dará lugar, en definitiva, a que se amplíe, en su día, el período de guarda o de visitas del ejecutante perjudicado.

Respecto a la modificación de la medida definitiva o provisional de guarda o custodia o visitas, comunicación y estancia, el art. 776.3ª LEC formaliza expresamente esta potestad para el incumplimiento del régimen de visitas, no así para la guarda y custodia.

Dispone el art. 776.3ª LEC que *“El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas”*.

Debe acudirse, asimismo, en el plano sustantivo, al art. 94 CC, a tenor del cual *“La autoridad judicial adoptará la resolución prevista en los párrafos anteriores, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. Así mismo, la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*.

La modificación del régimen de visitas, por tanto, ante el incumplimiento, tanto por el guardador como no guardador, no está sujeta a discusión, el conflicto aparece en el establecimiento del cauce procedimental adecuado para su consecución que gira en torno a su adopción en la propia ejecución o la remisión a un proceso de modificación de medidas (775 LEC).

Sostiene SOTELO sobre el debate planteado que *“La modificación del régimen de guarda y visitas deberá llevarse a cabo por los trámites de modificación de medidas, más apropiados para el caso, si bien en la práctica se tramitan en ocasiones por los de la ejecución de la sentencia*.

Es cuestionable si este tipo de modificación es posible realizarla en sede de ejecución; parece extendida la práctica de modificación en virtud del citado artículo 158 CC, si bien ello colisionaría con lo prevenido en el artículo 18.2 de la LOPJ en el que se afirma que las sentencias han de ejecutarse en sus propios términos”.

No compartimos, en modo alguno, ese razonamiento ni la conclusión alcanzada. Si bien esta posición puede resultar consistente o coherente en el incumplimiento de la guarda y custodia, en la inobservancia del sistema de visitas la viabilidad de su tramitación en sede de ejecución encuentra respaldo expreso en la previsión del art. 776.3ª LEC.

Si no fuera así, ¿con qué razón de ser iba a introducir el citado precepto la posibilidad de acordar la modificación del régimen de guarda y visitas? Es decir, ya sabemos que la modificación de las medidas definitivas acordadas para regir una crisis familiar puede instarse y, en su caso, adoptarse, ante el incumplimiento o variación sustancial de las condiciones tenidas en cuenta en su momento. Pero, qué sentido tiene incluir expresamente esa opción en un precepto dentro de la ejecución sino es para permitir, por razones de economía procesal y dados los intereses concurrentes, su modificación en la propia ejecución.

No existe ninguna conculcación del art. 18.2 LOPJ, porque lo que se está haciendo, exclusivamente, es establecer un subproceso de modificación de medidas dentro de la ejecución, a través de un cauce privilegiado por razones de operatividad y dada la relevancia para el hijo común del incumplimiento, sustraído del ordinario de modificación de medidas.

No es, por tanto, una modificación encubierta en una ejecución contraria al art. 18.2 LOPJ, sino una verdadera modificación en sentido riguroso sustanciada en un procedimiento distinto al común que desembocará en una nueva medida definitiva con los mismos efectos, fuerza legal y consecuencias jurídicas que la adoptada en una eventual modificación de medidas por el trámite del art. 775 LEC.

Desde el punto de vista organizativo, interno o de gestión procesal, la anterior afirmación, respaldada por abundante práctica forense, significa que debería abrirse en la ejecución una pieza separada de modificación de medidas para decidir la nueva atribución de

visitas, pero sin necesidad de sustanciarse un proceso de modificación contencioso, ya que los medios de defensa del ejecutado se limitarán a la oposición a la ejecución, y la decisión final de la autoridad judicial podrá adoptarse incluso de oficio, como de oficio pueden adoptarse, por no estar sujeta a petición de parte, la medida adoptada en Sentencia de fijación del régimen de visitas, comunicación y estancia con el menor (con la persona con discapacidad sí que exigirá su proposición por la parte).

La institución cuyo incumplimiento realmente suscita mayores problemas de peso en su modificación es la guarda y custodia, ante la falta de precepto alguno que conceda un cauce especial como el antes previsto para las visitas.

El Encuentro de Jueces, Abogados, Psicólogos y Forenses, tantas veces repetido, de 2022, defiende que *“la naturaleza de la obligación permite en caso de ejecución forzosa de la misma y al amparo también del artículo 158 del C.C. que puede fundamentar en atención al principio de “interés superior del menor” todo tipo de procesos, tanto declarativos como de ejecución; modificar de forma cautelar el régimen de custodia a expensas de que se inste un procedimiento de modificación de medidas y también un reequilibrio de las visitas que no se cumplieron por la falta de colaboración del otro progenitor en favor del progenitor cumplidor, para que la obligación de hacer quede efectivamente cumplida que es lo que realmente se pretende en la ejecución. Ejecución que en la actualidad se regula en el citado artículo 776 LEC y en el 709 del mismo cuerpo legal, ambos insuficientes para ejecutar el derecho-deber que es la obligación de hacer personalísima configurada en el artículo 94 CC.*

La solución propuesta tiene también amparo en lo preceptuado en el artículo 18-2 LOPJ, donde se establece que las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, y si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria. Esta solución ha sido considerada plausible por los AAAP de Madrid Secc. 22ª, 340/2012, 05/11/2012 Recurso: 1433/2011, Ponente Dª. Carmen Neira Vázquez, Roj: AAP M 17361/2012 - ECLI:ES:APM:2012:17361A (no lo admite al no quedar acreditado el incumplimiento cierto, incontrastable y voluntario del régimen de visitas sino a una serie de malentendidos), y 12/2010, de 15/01/2010, Recurso: 908/2009, Ponente Dª. Carmen Neira Vázquez, Roj: AAP M 1262/2010 - ECLI:ES:APM:2010:1262ª (la desestima al no haberse cumplido el régimen de visitas como consecuencia de problemas médicos de la menor) y 28/2011, de 27-1-2011, Recurso 1264/2009, Ponente D. José Ángel Chamorro Valdés, Roj: AAP M 562/2011 - ECLI:ES:APM:2011:562A (la admite dada la actitud obstaculizadora del progenitor guardador)”.

El art. 158 CC permite *“La suspensión cautelar en el ejercicio de la patria potestad y/o en el ejercicio de la guarda y custodia, la suspensión cautelar del régimen de visitas y comunicaciones establecidos en resolución judicial o convenio judicialmente aprobado y, en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas”.*

Y, según su redacción final, “Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma”.

BURGUÉS¹⁷, por el contrario, argumenta que el contenido del art. 158 CC *“no significa que esté legitimado para cambiar la medida que otorgue la guarda en sentencia de primera o segunda instancia*

¹⁷ ALEGRET BURGUÉS, (2021). Problemática de la ejecución de las sentencias de separación, divorcio y nulidad, en Los procesos en los juzgados de familia; Barcelona: Centro de estudios jurídicos de la Generalitat de Catalunya. Pág. 321,

sin respetar los trámites que expresamente determina la ley, lo que supondría, de hacerse así, la producción de una absoluta inseguridad jurídica”.¹⁸

Para SOLETO “Los trámites de ejecución de sentencia no son los adecuados para modificar la medida de que se trate; utilizarlos con tal fin amparándose en el artículo 158 CC es una desproporción que no debe admitirse, puesto que se prevé la existencia de un trámite de modificación de medidas, el cual podrá utilizarse si hubiera habido realmente un cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se dictó la medida, si bien ello no impide que en virtud del artículo 158 se establezca una regulación provisional en tanto no se decida la medida por los cauces adecuados”.

Es de esta opinión, en el plano judicial, el AAP Barcelona, Sección 18ª, 145/2021, de 14 de abril, conforme al cual “En el marco de la ejecución de título judicial no cabe pues “modificar” las medidas dispuestas en sentencia cualquiera que sea su naturaleza, salvo que - tratándose del cumplimiento del régimen de visitas- se acredite una causa grave o de entidad que pueda determinar un grave perjuicio para el menor”.

Nuevamente, y dicho sea con humildad, tenemos que discrepar del criterio de los autores anteriores y adherirnos a la posición racional, ágil y legalmente fundada, obtenida en el Encuentro de Jueces, Abogados y trabajadores sociales.

Además de ser una postura coherente con la regla procedimental extensiva o versátil contenida en el inciso final de art. 158 CC, olvidan los autores indicados que todas las reglas procesales concernientes a los menores o personas con discapacidad deben ser objeto de la tantas veces repetida máxima de interpretación flexible o integrada, evitando que concepciones rigoristas o posiciones reglamentistas, mermen la tutela judicial efectiva del menor y el superior interés de éste.

Es común, y a nuestro juicio un error, promover aplicaciones cerradas o rígidas de las normas procesales, obviando que el proceso es un medio, no un fin en sí mismo, y que la doctrina constitucional ha establecido hasta la saciedad que el acceso a la tutela judicial efectiva no puede verse entorpecido u obstaculizado con interpretaciones formalistas de los requisitos procesales.

Hay que traer a colación la reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, contenida en Sentencias de 21 de marzo de 1981, 29 de mayo de 1982, 28 de noviembre de 1985, 13 de mayo de 1987, y, por todas, la de 15 de abril de 1991. En esta última se señala que es esencia del respeto “al Derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva, una interpretación de las normas que rigen el acceso a los Tribunales del modo más favorable para el principio “pro actione”, y no de tal manera que la obtención de una resolución sobre el fondo sea dificultada u obstaculizada con interpretaciones rigoristas o indebidamente restrictivas de aquellas normas procesales. Como síntesis de la Jurisprudencia Constitucional se consagra el derecho que integra el contenido de la Tutela Efectiva, que no es otro que la obtención de una sentencia en cuanto al fondo del conflicto, siempre y cuando concurren los requisitos necesarios para ello, requisitos que, de acuerdo con el principio “pro actione”, habrán de interpretarse con flexibilidad, de suerte que su falta sólo podrá conducir a un pronunciamiento de inadmisión o de desestimación por motivos formales si la subsanación no ha sido posible o si se trata de requisitos esenciales que resulten proporcionados a los fines constitucionalmente protegibles”.

Ahora bien, aceptada la atribución de facultades para modificar el régimen de visitas y el sistema de guarda y custodia en la ejecución, la naturaleza y alcance de las medidas alcanzadas en dicha ejecución es sustancial y radicalmente diferente, toda vez que la modificación del régimen de visitas tendrá proyección y funcionalidad definitiva, frente al carácter preventivo o cautelar del cambio de guarda y custodia hasta la sustanciación del

proceso de modificación de medidas, pues la primera modificación se fundamenta en el art. 776.3ª LEC y la segunda en el art. 158 CC.

6 DELITO DE DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD JUDICIAL: RELEVANCIA DE LOS REQUERIMIENTOS Y DEDUCCIÓN DE TESTIMONIO

La STS de 20 de enero de 2010 recopila los elementos que, desde el punto de vista de la tipicidad, requiere el delito de desobediencia para poder ser aplicado:

“a) la existencia de una orden emanada de la autoridad o de sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo, que contenga un mandato de hacer o no hacer algo, legítimo, que deriva de las facultades regladas o atribuciones competenciales, sin extralimitaciones o excesos;

b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, sea expresa, terminante y clara, por imponer una conducta indeclinable o de estricto cumplimiento que se ha de acatar sin disculpas;

c) que la orden se haga conocer mediante requerimiento formal, personal y directo o, cuando menos, que le haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido;

y d) que el requerido no acate la orden, colocándose, ante ella, en actitud de rebeldía o manifiesta oposición que, por su ánimo de desobedecer, lesione, sensible e indudablemente, el principio de autoridad, al que desprestigia, veja y zahiere. Este último requisito equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que, frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo, en una oposición tenaz, contumaz y rebelde”.

En cuanto a la necesidad de apereibir al destinatario de la orden de las consecuencias penales que pudiera tener su inobservancia, la doctrina más actualizada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha diluido la condición del apereibimiento de poder incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial, bastando con los anteriores requisitos.

Así, y en la misma dirección que la anterior, traemos a colación, por ejemplo, la STS. 1219/2004, de 10 de diciembre de 2004 que, en resumen, proclama: *“ Los elementos del delito de desobediencia grave son los siguientes: a) El carácter terminante, directo o expreso, de la orden dictada por la autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, debiendo imponer al particular una conducta activa o pasiva; b) su conocimiento, real y positivo, por el obligado; c) la existencia de un requerimiento por parte de la autoridad hecho con las formalidades legales, sin que sea preciso que conlleve el expreso apereibimiento de incurrir en delito de desobediencia caso de incumplimiento; d) la negativa u oposición voluntaria, obstinada o contumaz a la misma, que revela el propósito de desconocer deliberadamente la decisión de la autoridad; y, e) en todo caso, debe alcanzar una especial gravedad al objeto de diferenciar el delito de la falta de desobediencia prevista en el art. 634 CP ”.*

Lo que si resulta imprescindible, de todo punto de vista, para la concurrencia de los elementos objetivos del tipo, es la existencia de requerimientos personales, inicial y de reiteración, en este caso al ejecutado, no bastando el hecho a través del Procurador. Precisamente para el cumplimiento de tal requisito se hace insoslayable que los Letrados de la Administración de Justicia, como responsables de los actos de comunicación, den instrucciones y supervisen la práctica de estos requerimientos por el personal de la Oficina Judicial, con elaboración, en su caso, de modelos adecuados, claros y rigurosos.

En esta dirección, la STS de 22 de marzo de 2017, ratificada por las de 23 de enero de 2019 y 14 de octubre de 2019 vienen a establecer que *“a jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el alcance de la exigencia del requerimiento personal como presupuesto para la comisión del delito de desobediencia”* añadiendo que *“...la tesis de que sin notificación y sin requerimiento personales el delito de desobediencia previsto en el art. 410 del CP no llega a cometerse obliga a importantes matices. En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts.*

556, 348.4.c, 616 quáter CP), el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento. Sin embargo, en aquellas otras ocasiones en las que el mandato está incluido en una resolución judicial o en una decisión u orden de la autoridad superior (cfr. art. 410.1 CP) y se dirige, no a un particular, sino a una autoridad o funcionario público, la exigencia de notificación personal del requerimiento ha de ser necesariamente modulada”.

Razonando sobre el fundamento del preceptivo requerimiento personal, la SAP Barcelona, Sección 9ª, 697/2017, de 8 de septiembre, declara que “De otro lado, parece necesario que la orden concreta debe manifestarse a través del requerimiento correspondiente hecho de forma directa y personal en el propio obligado, es decir, en principio, sin intermediarios de ninguna clase . Y ello por una sencilla razón: como quiera que se trata de delito doloso que no admite formas imprudentes, es evidente que se exige en el sujeto activo el conocimiento certero de su propia obligación, y al mismo tiempo ese mismo conocimiento certero de la reiteración de la orden -para que se alcance la contumaz oposición-, puesto que sin conocimiento preciso no puede nacer el dolo que exige el precepto. El dolo se configura, como es sabido, por el conocimiento y por la voluntad; si falta uno de esos elementos, ya no hay dolo y por tanto tampoco la infracción penal delictiva”.

Merece también atención resaltar que el incumplimiento de lo mandado, para trascender al orden penal, exige ser calificado como reiterado o contumaz. Nuestro Tribunal Supremo viene utilizando para referirse al delito de desobediencia los términos de "reiterada y manifiesta oposición", "grave actitud de rebeldía", "persistencia en la negativa", "incumplimiento firme y voluntario de la orden o mandato”, y similares.

En cuanto a la deducción de testimonio, no existe ningún obstáculo para que la autoridad judicial, de oficio (308 Lecrim), mediante el oportuno Auto (ya que deberá motivarse, no bastando una Providencia), deduzca testimonio, con designación de los particulares oportunos (concretamente los requerimientos oportunamente librados, con acreditación de su recepción y las resoluciones que ordenaron las conductas, ordenes o actuaciones correspondientes, en lo que aquí interesa, el cumplimiento del régimen de visitas o de la guarda y custodia), como también será ajustado a Derecho, dar traslado al Ministerio Fiscal para que ejercite, si así lo interesa, la acción penal o, incoe, en su caso, diligencias de investigación (art. 9 ROMF de 3 de mayo de 2022), sin perjuicio además de que, el ejecutante, presente denuncia o querrela por los hechos (aunque no como titular del bien jurídico perjudicado, al ser un delito contra la Administración, sino como titular de la acción penal ante cualquier delito público *ex art.* 101 Lecrim).

7. BIBLIOGRAFÍA

COBEÑA RONDAN, E. Mª. (2020). *Aspectos prácticos del proceso de ejecución civil*. Bosch. Disponible en La Ley 7611/2020. 1-16.

LINACERO DE LA FUENTE. M (2020). *Tratado de Derecho de Familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

MORALES MORENO, A.L. (2013). *Ejecución de sentencias dictadas en los procesos de familia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

PEREZ MARTÍN, A.J. (2009). Procedimiento de ejecución de las resoluciones judiciales en materia de familia. Jornadas de Derecho de Familia. Los procesos matrimoniales en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil. Bilbao, 7 y 8 de junio. *Lex Nova*.

SOLETO MUÑOZ, H. (2010). La ejecución forzosa del régimen de visitas. *Práctica de Tribunales* n° 74. Sección Estudios. 1-14.

