

## Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24ª, Auto de 20 Nov. 2008, rec. 941/2008

Ponente: Hernández Hernández, María del Rosario.

Nº de Auto: 1212/2008

Nº de Recurso: 941/2008

Jurisdicción: CIVIL

Tipo de recurso de la resolución: APELACION

RÉGIMEN DE VISITAS. EJECUCIÓN DE SENTENCIA. Desestimación de la oposición de la madre. Es dudoso el origen voluntario o forzoso de la interrupción del régimen de comunicaciones, amén que no consta causa, perturbación o perjuicio que derive a la menor, por el hecho de reanudar o mantener visitas con su padre, más al contrario pues de los informes técnicos se infiere que es beneficioso para la niña seguir manteniendo contacto con su padre, por el que manifiesta admiración y cariño, mostrando deseos de que la preste una mayor atención. PREJUDICIALIDAD PENAL. La decisión que se adopte en proceso penal sobre el denunciado abandono de familia que se atribuye al ejecutado, carece de influencia decisiva en cuanto al régimen de visitas.

Normativa aplicada

## TEXTO

EN MADRID, A VEINTE DE NOVIEMBRE DE DOS MIL OCHO

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

AUTO: 01212/2008

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

S E C C I O N 24ª

Rollo nº: 941/08

Autos: 706/07

Procedencia: Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Leganés

Apelante: Dª Carina

Procurador: D. EDUARDO MOYA GOMEZ

Apelado: D. Pedro Francisco

Ponente. Ilma. Sra. Dª ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

A U T O Nº 1212

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24 de ésta Audiencia Provincial, los autos número 706/07, sobre Ejecución de Título Judicial

procedentes del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Leganés y seguidos entre partes.

De una parte como apelante D<sup>a</sup> Carina , representada por el Procurador D. EDUARDO MOYA GOMEZ.

Y de otra como apelado D. Pedro Francisco .

Siendo Ponente la Magistrado de la Sala la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, que muestra el parecer de la misma.

### I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** Que en fecha doce de marzo de dos mil ocho, por el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Leganés, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " Acuerdo desestimando la oposición formulada por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Carina a la ejecución contra ella despachada en estos autos a instancias de la representación procesal de D. Pedro Francisco debiendo seguir adelante la misma en los términos en que fue despachada sin hacer imposición de costas."

**TERCERO.-** Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación de D<sup>a</sup> Carina , en base a las alegaciones contenidas en su escrito de fecha dieciocho de marzo de dos mil ocho.

**CUARTO.-** Frente a tal pretensión la parte apelada D. Pedro Francisco , solicita la confirmación de la resolución de instancia por las razones que esgrime en su escrito de fecha veintidós de abril de dos mil ocho.

**QUINTO.-** Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales.

### II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Por la ejecutada, progenitora femenina custodio, se interpone recurso de apelación frente al auto de 12 de marzo de 2.008 , que ordena continuar con la ejecución despachada de la sentencia de divorcio de los litigantes, de 7 de marzo de 2.007 , instada por el padre, para la reanudación del régimen de visitas y comunicaciones con la hija común menor de edad, Sara, interrumpida desde abril de 2.008.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso, solicitando la confirmación íntegra de la resolución disidente, en iguales términos que la contraparte, que insta además la imposición de las costas a la recurrente.

**SEGUNDO.-** Dado que es objeto de proceso el sistema de comunicaciones establecido entre una menor de edad y su progenitor no custodio, se ha de reseñar que en esta materia el interés del menor es el principio esencial que debe atenderse, básicamente en aplicación de los artículos 39.3 de la Constitución Española. Como dice en su preámbulo la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre 1990, en todas las medidas concernientes a los niños que se tomen por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, se atenderá, como consideración primordial, al interés superior del niño (expresión esta que se repite reiteradamente a lo largo del texto), asegurándole la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres (artículo 3).

En esta línea, debe de recordarse en relación con el régimen de visitas, por un lado, que el principio dispositivo resulta muy

relativizado en esta materia por expresa disposición del art.751 LECV , y, por otro, que entiende la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los arts. 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 esencialmente del Código Civil , que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos. Al respecto, la S.T.S. de 30-4-1991 , se cuida de señalar que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 160 del Código Civil . Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero.

Consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos. Interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar. En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de esta, frecuencia de la segunda así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera.

La doctrina es igualmente consciente de que el ejercicio de derecho de visitas, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor. Como se desprende de lo expresado, el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo (STS 21-7-1993) pues, como señala el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 , en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, "la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , como principio general que debe informar su aplicación. "el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir interés que debe referirse al desarrollo libre e integral de su personalidad, tal como señala los arts. 10 de la C.E . así como a la supremacía de todo cuanto le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural y entre ellos, desde luego, el derecho a no ser separados de cualquiera de sus progenitores salvo que sea necesario al interés del menor.

Tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración Judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose, por ello, al Juzgador, como antes hemos recogido, amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor: Esa resolución sería siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales (así STS de 22-5-1993, que a su vez cita la de la propia Sala de 9-3-1989) a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier elucubración jurídica, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución mas idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, sobremanera el mantenimiento de la relación efectiva

con ambos progenitores, evitando al menor (ex art. 158.3 del Código Civil) los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad en sazón. Es decir, el régimen de vistas debe de compaginar el adecuado sistema de relación del menor con ambos progenitores y el propio beneficio del menor.

**TERCERO.**- A la luz de esta doctrina, atendidas las concretas circunstancias concurrentes, ha de ser desestimado el recurso, con confirmación de la resolución apelada, que es correcta, como conforme al ordenamiento jurídico, suscribiendo esta Sala el criterio de la Juez "a quo", en cuanto, en efecto, es dudoso el origen voluntario o forzoso de la interrupción del régimen de comunicaciones que nos ocupa, y cuando a la sazón, no resulta, o al menos no aflora a la causa, perturbación o perjuicio que derive a la menor Sara, por el hecho de reanudar o mantener visitas con su padre, bien al contrario, lo que se infiere del informe del correspondiente Punto de Encuentro Familiar, fechado a 25 de junio de 2.008, es que resulta beneficioso para la niña seguir manteniendo contacto con su padre, por el que manifiesta admiración y cariño, mostrando deseos de que la preste una mayor atención.

Por todo ello, ha de ser confirmado el auto disentido, tal y como viene interesando el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que, a instancia de parte, en el correspondiente proceso de modificación de medidas, y en interés de la menor, previo informe psicosocial si fuere pertinente, a la vista de las recomendaciones de la Trabajadora Social del P.E.F. de Leganés, se varíe el actual intercambio a visitas supervisadas y con seguimiento pormenorizado, a fin de mejorar la situación del padre, en aras a la ampliación del nuevo régimen de visitas.

Para concluir, no se advierte en el supuesto de autos la prejudicialidad penal a la que hace alusión la recurrente, que de lugar a la suspensión de la ejecución en trámite, toda vez que la decisión que se adopte en proceso penal sobre el denunciado abandono de familia que atribuye al ejecutado, carece de influencia decisiva en la resolución del presente proceso civil, de donde no concurren los presupuestos contemplados en el artículo 40 de la L.E.Civil , de modo que tal alegación a nada nos determina.

**CUARTO.**- En consecuencia, la resolución que se combate es correcta y ajustada al ordenamiento jurídico, en cuanto da prioridad a los intereses de la hija común, y es acorde al contenido del artículo 94 del Código Civil , lo que nos conduce a la desestimación del recurso, si bien en consideración a la naturaleza de las cuestiones suscitadas, singulares circunstancias concurrentes en el caso y sensibilidad permitida en este tipo de procedimientos, en el contexto de las visitas y comunicaciones con un menor, la jurisprudencia recaída en casos análogos y la posibilidad abierta a ello, aún ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la L.E.Civil , no se hace especial condena en las costas devengadas en la alzada a ninguno de los litigantes.

**QUINTO.**- Este mismo criterio es seguido por la Juez "a quo" para no hacer imposición de las costas del incidente de oposición a la ejecutada. Tal facultad corresponde al tribunal de instancia y no al órgano "ad quem" (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1.994 y 22 de enero de 1.996 , entre otras muchas), por lo que no puede ser corregido dicho pronunciamiento en la alzada, al no ser una decisión absurda, irracional ni contraria a la elemental lógica humana.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

### III.- PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Carina representada por el Procurador D. EDUARDO MOYA GOMEZ contra el auto de fecha doce de marzo de dos mil ocho, del Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Leganés, en procedimiento número 706/07 , seguido con D. Pedro Francisco; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente, sin imposición de las cosas causadas en esta alzada a ninguna de las partes.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. con expresión de sus derechos a las partes.

Así por éste nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo acordamos y mandamos y firmamos. Certifico.