

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VI – NÚMERO XI

2º SEMESTRE 2020

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO VI, N. XI, 2º SEM. 2020



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396-00011

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00011.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VI – NÚMERO XI

2º SEMESTRE 2020

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2020

LA COMPENSACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS,
EN LOS CASOS DE DIVORCIO CONTENCIOSO,
EN LA NUEVA ERA POST-COVID 19

COMPENSATION OF THE VISITING ARRANGEMENTS
IN THE EVENT OF CONTENTIOUS DIVORCE,
IN THE NEW ERA POST-COVID 19

DOI: 10.19135/revista.consinter.00011.24

Recibido/Received 25.05.2020 – Aprobado/Approved 7.07.2020

Noemí Jiménez Cardona¹ – <https://orcid.org/0000-0003-3197-4775>

E-mail: njimenezcardona@ub.edu

Resumen: El presente artículo se centra en el análisis de la conveniente compensación del régimen de visitas, en los casos de divorcio contencioso, tras la vuelta a la normalidad tras el COVID-19. Más concretamente, se examinan diferentes acuerdos judiciales sobre la materia, no exentos de polémica, para acabar defendiendo la necesidad de apostar por un modelo de compensación “equilibrado y justo” para con el interés superior del menor, pero también “sensible” para con ambos progenitores en conflicto.

Palabras-clave: Divorcio contencioso. Régimen de Visitas. Interés del Menor. COVID-19

Abstract: This article focuses on the analysis of the convenient compensation of the visiting arrangements in contentious divorce cases, after the return to normality after COVID-19. More specifically, different bargaining on the matter are examined, not without controversy, to end up defending the need to bet on a balanced and fair compensation model for the best interest of the minor, but also sensitive to both parents in conflict.

Keywords: Contentious divorce. Visiting arrangements. Interest of the minor. COVID-19

Sumario: I. El régimen de visitas en los casos de divorcio (planteamiento general). II. El procedimiento especial y sumario de familia regulado en el Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de Medidas Procesales y Organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. III. Los riesgos inherentes a algunos “acuerdos judiciales” sobre la compensación de visitas. La conveniencia de optar por un modelo equilibrado y justo para con el interés del menor y el de ambos progenitores afectados. IV. Un ejemplo práctico de aplicación del “sentido común” en orden a conseguir una compensación equitativa del régimen de visitas interferido con motivo del COVID-19. V. Conclusión. VI. Bibliografía

¹ Investigadora del Departamento de Derecho Privado (Sección Mercantil), Universitat de Barcelona. E-mail: mailto:njimenezcardona@ub.edu / njimenezcardona@ub.edu.

I EL RÉGIMEN DE VISITAS EN LOS CASOS DE DIVORCIO (PLANTEAMIENTO GENERAL)

El Código Civil, en su Capítulo IX dedica el art. 94 a regular el llamado “régimen de visitas” (en el caso de Cataluña, su regulación específica deriva del juego combinado de los arts. 233 y 236 del Libro segundo del CCcat). En función de este derecho, el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho a visitarlos, comunicar con ellos o tenerlos en su compañía. El juez determinará el tiempo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. Igualmente, también podrá determinar, previa audiencia de los padres y abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visitas de los nietos con sus abuelos (art. 160 CC), teniendo siempre presente el interés del menor. La fijación de este derecho de visitas persigue no tanto satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino más bien permitir unas relaciones entre estos y sus hijos menores que favorezcan, en la medida de lo posible, su bienestar y estabilidad².

Si ambos progenitores mantienen una relación “cordial” tras su divorcio no se plantean graves problemas en cuanto a su cumplimiento específico. Sin embargo, en no pocos divorcios contenciosos las cosas no son tan sencillas (ni en situaciones de “normalidad”, ni tampoco en aquellas otras excepcionales como las vividas con motivo de la pandemia del COVID-19). Para afrontar la regulación de estos hipotéticos conflictos convendría que los progenitores tuvieran bien presente que el progenitor custodio tiene la obligación de permitir las comunicaciones y visitas entre los hijos comunes y el progenitor no custodio en los términos establecidos en el caso concreto, así como que el no custodio tiene la obligación de cumplimentar dicho régimen de visitas en los términos establecidos. De igual forma, aun no siendo objetable que en orden a la solución de estos conflictos deba prevalecer, por encima de todo, el interés de los menores afectados, también convendría que algunos titulares de la potestad jurisdiccional, así como representantes del Ministerio Fiscal, huyesen de la fácil y cómoda tentación de “solo prestar atención” a dicho interés del menor, sin motivación específica alguna para con las circunstancias del caso concreto, haciendo así un flaco favor a la “pacificación” de la relación entre ambos progenitores, así como al sentimiento de justicia que alguno de estos pueda sentir en un tema tan emocional como el que nos ocupa y que, en última instancia, puede constituir un fenomenal caldo de cultivo en aras a recrudecer la “lucha” entre custodio y no custodio.

² VALLESPÍN PÉREZ, D., Asesoramiento y Praxis Judicial en el Divorcio Contencioso, Bosch, Barcelona, 2014, p. 108 y ss; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, J. El frecuente incumplimiento del régimen de estancia de los menores con el progenitor no custodio en períodos lectivos o de vacaciones, Actualidad Jurídica Aranzadi, n. 821, 2011, p. 2 y ss; y ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, J. De las relaciones con los hijos cuando los progenitores no conviven, Economist & Jurist, vol. 19, n. 150, 2011, p. 32-37.

Conflictos que se han visto incrementados con algunas realidades propias de la gestión de la pandemia del COVID-19. Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en que los progenitores custodios, amparándose en la mera referencia a proteger la “salud” de los menores, muchas veces sin base alguna, se han negado a que el progenitor custodio pudiese seguir cumpliendo con su régimen de visitas con normalidad; en aquellos otros en que los progenitores no custodios se han visto sometidos al “alejamiento forzoso”, durante tres meses, de sus hijos por residir en una provincia diferente de aquella en que lo hace el progenitor custodio; o también en aquellos en que progenitores no custodios, aprovechándose del estado de alarma, simplemente han optado por la vía fácil de no cumplir, aun cuando hubieran podido hacerlo con casi total normalidad, con las comunicaciones y visitas para con sus hijos a lo largo de los meses de confinamiento.

Esta realidad, que no conviene silenciar, sale a la luz con motivo del levantamiento del estado de alarma. La declaración de dicho estado ha incidido de modo directo en los regímenes de visitas y estancias con lo hijos en la medida en que su cumplimiento implicó limitaciones de salida a la vía pública e, incluso, desplazamientos y viajes entre diferentes localidades. Ante la avalancha de casos conflictivos que sobre el particular puedan presentarse, nuestro legislador ha pretendido tomar medidas mediante la fijación de un procedimiento especial y sumario de familia regulado en el RDL 16/2020, de 28 de abril. Un procedimiento especial ante el que los jueces debieran tener claro, en esta materia (régimen de visitas), que la necesidad de “descongestionar” la Administración de Justicia no debe camuflarse bajo la vestidura de una referencia inmotivada, en estos casos, al interés superior del menor, para así “quitarse un problema de encima” con la mayor agilidad posible. De ser así, no podría hablarse de una justicia acelerada, sino “atropellada” y de difícil encaje con la correcta comprensión del derecho a la tutela judicial efectiva y la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales (arts. 24 y 120 de la Constitución Española de 1978)³.

II EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL Y SUMARIO DE FAMILIA REGULADO EN EL REAL DECRETO-LEY 16/2020, DE 28 DE ABRIL, DE MEDIDAS PROCESALES Y ORGANIZATIVAS PARA HACER FRENTE AL COVID-19 EN EL ÁMBITO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La crisis originada por el COVID-19 ha cambiado de forma radical nuestras vidas, generando “alteraciones” y “caos” en múltiples ámbitos. El Derecho de Familia, como es fácil pensar, no ha sido una excepción⁴. De ahí, precisamente, que

³ VALLESPÍN PÉREZ, D., El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil, Atelier, Barcelona, 2000, p. 139 y ss.

⁴ PÉREZ MARTÍN, A. J. Custodia, visitas y otras medidas en tiempos de coronavirus, El Derecho, 6 de mayo de 2020, p. 1 y ss; RODRÍGUEZ DE BRUJÓN Y FERNÁNDEZ, E. Análisis del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, p. 5 y ss; SPINOLA PÉREZ, A. B. Menores y régimen de visitas durante el estado de alarma acordado ante el COVID-19, *Economist & Jurist*, 26 de marzo de 2019, p. 1 y ss.

con motivo del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de Medidas Procesales y Organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, el legislador español haya contemplado, ante la perspectiva del retorno a la “nueva normalidad” tras los peores momentos de la crisis del coronavirus, un amplio abanico de medias procesales, concursales y organizativas orientadas, aun cuando algunas de ellas sean más que discutibles, a la reactivación de la Administración de Justicia.

Entre las medidas procesales cabe referir, por lo que ahora interesa, la creación de un nuevo procedimiento especial y sumario en materia de familia (arts. 3 a 5, ambos inclusive)⁵, respecto del cual será supletoria, como así dispone el apartado 9 del art. 5 del RDL, la tramitación propia del juicio verbal (arts. 437 a 447 LEC). Procedimiento centrado, de una parte, en dar respuesta a la previsible proliferación de demandas relativas a la modificación o ajuste de medidas de índole económica (vgr. pensión de alimentos); y, de otra, en agilizar la tramitación de aquellas peticiones de tutela judicial que tengan que ver con la “compensación de días de visita y estancia” que hayan resultado afectados con motivo de la crisis sanitaria.

Concretamente, durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, se decidirán en dicho procedimiento especial las demandas que versen sobre pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando alguno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las autoridades sanitarias en orden a evitar la propagación entre la población del COVID-19. En estos casos, el órgano judicial competente será aquel que hubiere resuelto sobre el régimen de visitas o custodia compartida cuyo reequilibrio se inste o que hubiera acordado las medidas definitivas cuya revisión se pretenda.

Este proceso principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario (art. 399 LEC). El Letrado de la Administración de Justicia examinará dicha demanda y la admitirá, si procede, por decreto. Por el contrario, cuando el Letrado de la Administración de Justicia estime que puede faltar jurisdicción o competencia, dará cuenta de ello al Juez para que sea este quien, en dicho caso, se pronuncie acerca de su admisibilidad. Una vez admitida a trámite la demanda, se citará a las partes y al Ministerio Fiscal cuando proceda, a una vista, que deberá celebrarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de admisión de la demanda. Con carácter previo la celebración de esta vista, puede intentarse que la partes lleguen a una solución pactada susceptible de ser homologada judicialmente. En la misma línea, en aquellas demandas que versen

⁵ GONZALO DEL POZO, J.P. *Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto-Ley n. 16/2020, de 28 de abril*, Diario La Ley, n. 9624, Sección de Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 4 de mayo de 2020, p. 1 y ss; MARTÍNEZ DE SANTOS, A. *Medidas posibilistas en la Justicia civil después del levantamiento de la declaración del estado de alarma*, Diario la Ley, Sección de Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, de 6 de mayo de 2020, p. 1 y ss.

sobre la solicitud de compensación del régimen de visitas o custodia compartida, también se dará audiencia reservada a los hijos menores, pero solo cuando el titular del juzgado así lo estime necesario y, en todo caso, a los mayores de doce años⁶.

Llegados a la vista, cabe señalar que esta se iniciará dando la palabra al demandante, al efecto de que ratifique la demanda o la pueda ampliar, pero sin incorporar modificaciones sustanciales. A continuación, se dará la palabra al demandado para que conteste la demanda, pudiéndose solicitar el recibimiento del pleito a prueba y la reconvencción. La eliminación de la contestación escrita, sin perjuicio de poder comportar una cierta agilización de la administración de justicia, es lo cierto que bien puede suponer una flagrante vulneración del derecho de defensa del demandado, así como del principio de igualdad de armas u oportunidades procesales⁷. Ello es así, porque en la actual praxis judicial se hace difícil vislumbrar qué órganos jurisdiccionales se mostrarán favorables a “contestaciones orales” detalladas por parte del sujeto pasivo de la relación procesal. Y lo mismo puede referirse también, en paralelo, respecto al actor, pues este, ante una contestación oral en el acto de la vista o reconvencción también puede verse sorprendido, en no pocos casos, por el conocimiento de cuál sea, en el caso concreto, el posicionamiento del demandado.

Ambas partes podrán solicitar, al menos con cinco días de antelación a la fecha del día de la vista, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en ella, requieran de citación o requerimiento, o que se soliciten aquellos documentos que posean instituciones públicas o privadas, y que no estén a su disposición. Las partes tienen la obligación de acudir a la vista con aquellas pruebas de que intenten valerse, debiendo practicarse dichas pruebas, así como aquellas que pueda acordar el juez de oficio, en el propio acto de la vista. Tras la práctica de las pruebas, se podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente sus conclusiones. El que dicho trámite de conclusiones no sea más que una simple facultad del juzgador bien puede hacernos pensar que estamos ante una previsión de complejo encaje en el modelo constitucional de juicio justo o proceso con todas las garantías, pues las alegaciones finales, en cuanto manifestación del derecho de defensa, debieran ser obligatorias, en nuestra opinión, en todo proceso judicial⁸.

Acabada la vista, el órgano judicial puede dictar resolución, en forma de sentencia o auto según corresponda, oralmente o bien por escrito en el plazo de tres días naturales. En aquellos casos en que la resolución sea dictada oralmente, esta se documentará con expresión del fallo y una sucinta motivación. De igual forma, ante resoluciones orales, si todas las partes en el proceso estuvieran en el acto por sí o

⁶ VALLESPÍN PÉREZ, D. *El derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso*, Práctica de Tribunales, Revista de Derecho Procesal y Mercantil, n. 131, marzo-abril, 2018, p. 1 y ss.

⁷ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Juicio verbal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española* (Análisis tras su reforma por Ley 42/2015, Juruá, Lisboa, 2016, p. 46.

⁸ VALLESPÍN PÉREZ, D. *Juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española* (Análisis tras su reforma por Ley 42/2015), obr, cit, p. 77-82.

debidamente representadas y expresan su voluntad de no recurrir dicha resolución, en unidad de acto se declarará su propia firmeza.

De todo lo expuesto en este apartado, sin perjuicio de haber constatado ciertas deficiencias técnicas en cuanto al procedimiento especial y sumario de familia introducido con motivo del RDL 16/2020 (algunas de las cuales, incluso, reviste visos de inconstitucionalidad); es lo cierto que cada órgano judicial podrá, en orden a interpretar como “compensar el régimen de visitas o de custodia compartida”, seguir la interpretación que estime más coherente con las circunstancias del caso concreto.

En todo caso, para unificar criterios ante ciertas inconcreciones, no son pocas las Juntas de Jueces de Familia que en las últimas fechas se han reunido para fijar diferentes acuerdos interpretativos acerca de cómo aplicar, en la práctica, ponderando los intereses de los progenitores y, en especial, de los hijos implicados, dicha opción de “compensación”. Como podrá comprobarse en el apartado siguiente de este artículo, dichos acuerdos parecen más bien responder a “aliviar la carga de trabajo” de los Juzgados y no tanto, por desgracia, a la justa compensación de los regímenes de visitas y estancias.

III LOS RIESGOS INHERENTES A ALGUNOS “ACUERDOS JUDICIALES” SOBRE LA COMPENSACIÓN DE VISITAS. LA CONVENIENCIA DE OPTAR POR UN MODELO EQUILIBRADO Y JUSTO PARA CON EL INTERÉS DEL MENOR Y EL DE AMBOS PROGENITORES AFECTADOS

Sin duda, uno de aquellos “acuerdos judiciales” más polémicos sobre la compensación de visitas es el adoptado por la **Junta Sectorial de los Jueces de los Juzgados de Familia de Madrid, de 20 de mayo**, en que se incorporan un elenco de conclusiones, tanto sustantivas como procesales, referidas al régimen de visitas y de custodia.

Por lo que hace referencia a los aspectos sustantivos de este acuerdo se señala, cual pórtico interpretativo, que con carácter general y para la debida protección del menor, a fin de lograr a la mayor brevedad la normalización del régimen de visitas o de custodia en su día establecido, no procede la compensación de visitas no disfrutadas o estancias no realizadas. Este carta de presentación, bastante elocuente, ya nos indica que los Juzgados de Familia de Madrid no serán partidarios, casi nunca, de contemplar compensación alguna en relación al régimen de visitas que se haya visto alterado con motivo del COVID-19.

Este posicionamiento se hace descansar, como no podía ser de otra forma, en el siempre alegado “interés del menor”. Teóricamente dicho proceder resulta irreprochable. Sin embargo, si analizamos el acuerdo con detalle, no lo es tanto. Ello es así, en primer lugar, porque no motiva, en absoluto, porque en estos casos es “mejor para el menor”, que quizás se ha visto privado de la compañía del progenitor no custodio durante un mínimo de tres meses, no poder “recuperar”, por regla general, parte del tiempo que no ha podido disfrutar con el no custodio; y, en

segundo lugar, porque no parece de recibo que se nos diga que ello debe ser así, ni más ni menos, que para lograr a la mayor brevedad la normalización del régimen de visitas o custodia que en su día se fijó, pues normalizar el régimen de visitas no es incompatible con compensarlo en su justa medida y, por extensión, implica consolidar, por la vía de facto, una anomalía de signo contrario que bien puede pensarse, aplicando el sentido común, que es perjudicial para el menor y el progenitor no custodio.

Puede entenderse que ante el colapso previsible de los Juzgados de Familia estos pretendan “aligerar” su carga de trabajo, pero no parece de recibo, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, que lo hagan mediante un acuerdo que, sin mayor motivación, parece perseguir, aun cuando podamos estar equivocados, aplicar automáticamente un “no” (desde luego más rápido que analizar el caso concreto) a cualquier reclamación referida a la compensación del régimen de visitas que pueda poner en marcha el progenitor no custodio (ese o esa que, en no pocos casos, se ha visto privado del contacto con sus hijos menores durante más de tres meses).

Solo, excepcionalmente, se contempla la opción de aplicar dicha “compensación” cuando así lo aconseje, en el caso concreto, el interés superior del menor. Y, en todo caso, teniendo presente que los tiempos de disfrute con los menores durante el confinamiento no son equivalentes a aquellos que son propios en situaciones de normalidad. Cuando un acuerdo de Juntas de Jueces concluye que una opción será “excepcional”, nadie debería llevarse a engaño, pues eso en la práctica, dada la previsible avalancha de asuntos y la conveniencia de blindarse ante problemas y/o críticas, es más que probable que se traduzca en un brindis al sol que nunca (o casi nunca) ponga en duda la aplicación de la regla general de la “no compensación” antes expuesta.

De otra parte, se insta a los progenitores a alcanzar acuerdos, ya que son ellos quienes mejor conocen las circunstancias particulares que concurren en su entorno familiar y las necesidades concretas de sus hijos menores. Magnífica idea la de instar acuerdos, si no fuera por qué cuando la compensación del régimen de visitas llega a “sede judicial” es, precisamente, porque ha sido imposible, a veces por enconamiento con tintes emocionales por parte de los ahora litigantes, alcanzar una solución convencional a dicho conflicto.

Por último se añade que, sin perjuicio de estos hipotéticos acuerdos entre los progenitores, cabrá seguir una serie de orientaciones generales en orden a determinar cómo implementar la “compensación” en aquellos casos excepcionales en que se así se acuerde judicialmente. Orientaciones generales que tienen que ver con las visitas intersemanales, las visitas de fin de semana, las visitas de vacaciones de Semana Santa e, incluso, con los supuestos de guarda compartida.

Por lo que hace referencia a las visitas intersemanales se acuerda que en aquellos casos, excepcionales, en que se contemple la compensación del régimen de visitas, estas no serán objeto de recuperación. Ello se justifica en el hecho de que son visitas de corta duración, cuya recuperación por compensación no atiende a la

finalidad de las mismas, esto es, asegurar el contacto con el progenitor no custodio, así como en que dichas visitas pueden “perjudicar al menor” en tanto que pueden “dificultarle” la normalización de sus rutinas.

Respecto a las visitas de fin de semana, el Acuerdo de la Junta Sectorial de Jueces de los Juzgados de Familia de Madrid dispone que podrán recuperarse, siempre de forma excepcional, pero teniendo en cuenta que por cada dos fines de semana no disfrutados, tendría sentido recuperar solo un fin de semana adicional cada mes o, en su caso, añadir tres días a uno de los períodos vacacionales del año en curso.

En orden a las vacaciones de Semana Santa, plenamente afectadas en España por la pandemia del coronavirus, el Acuerdo refleja, en lo que será una guía a seguir respecto al resto de períodos vacacionales correspondientes a la presente anualidad, que pueden recuperarse añadiendo dichos días a los períodos vacacionales todavía no disfrutados este año 2020, así como que si se ha perdido la Semana Santa completa podría compensarse dicha situación con cinco días y que, caso de haberse perdido parcialmente, cabría tomar en consideración un tiempo equivalente a los efectos de su compensación.

Por último, respecto a aquellos supuestos en que rige un régimen de guarda y custodia compartida, también se refiere un posible sistema de compensación que variará en función de su particular modalidad en cada caso concreto. Así, cuando se trate de custodias compartidas por períodos semanales alternos, se considera un criterio equitativo, dado que no puede hablarse de una perfecta equivalencia entre los tiempos de disfrute con los menores en confinamiento y normalidad, el fijar una compensación futura de tres días, como máximo, por cada semana no disfrutada, que se agregarían a las semanas correspondientes al progenitor afectado en los meses consecutivos (con exclusión del período vacacional de verano). De este modo, según la Junta Sectorial de los Juzgados de Familia de Madrid se garantizaría la necesaria alternancia de convivencia de los menores con ambos progenitores (10 y 4 días, respectivamente), así como se evitaría que los menores no convivan con uno de los progenitores durante tres semanas consecutivas. En la misma línea, tampoco se considera recomendable acumular todos los días perdidos recuperables y adicionarlos en las vacaciones de verano, pues ello acabaría por comportar un grave desequilibrio entre los progenitores respecto al reparto de los tiempos de ocio que no se presenta como razonable. Si la guarda y custodia compartida se disfrutase mediante tiempos de convivencia alterna distintos al que se corresponde con una semana, se recomienda aplicar, a efectos de compensación, un criterio análogo al referido respecto a las custodias compartidas organizadas por semanas.

Tras este extenso apartado PRIMERO del Acuerdo de la Junta Sectorial de Jueces de los Juzgados de Familia de Madrid, relativo a los aspectos sustantivos, se incorpora un apartado SEGUNDO, mucho más breve, en que se refieren dos matices de índole procesal: el primero, que la aportación de la documentación reseñada en el art. 5.1 del RDL es un auténtico requisito de procedibilidad y, el segundo, que las acciones reguladas en su artículo 3 son susceptibles de acumularse entre sí.

En el caso de los **Juzgados de Familia de Barcelona**, tras los Acuerdos de 18 y 24 de marzo, respectivamente, en los que se señaló que el RD 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma, no legitima el incumplimiento de las resoluciones judiciales vigentes⁹; que los progenitores deben observar las normas de las autoridades gubernativas y sanitarias a los efectos de evitar la propagación del coronavirus, procurando un ejercicio responsable de la potestad parental y alcanzando los mayores acuerdos posibles; que si alguno de los progenitores presenta síntomas de contagio o ha resultado positivo en el test del COVID-19, en interés de los hijos menores y para evitar su propagación, es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor; y que a fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno-filial el progenitor custodio deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos, el contacto del/los hijos con el progenitor no custodio, siempre y cuando que no perturben las rutinas u horarios de descanso de los menores; se ha alcanzado el más reciente **Acuerdo de 15 de mayo de 2020**, en orden a la unificación de criterios acerca del RDL 16/2020.

En este último de los Acuerdos de la Junta Sectorial de los Juzgados de Familia de Barcelona junto a exhortar a los progenitores a adoptar, con sentido común, los acuerdos que estimen oportunos sobre esta materia, pues son ellos los que mejor conocen las particularidades de su entorno familiar, los factores de riesgo y las necesidades específicas de sus hijos menores; así como valorar la buena o mala fe en orden a la imposición de costas procesales en función de la conducta procesal; se contempla un hipotético restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas que parece todavía más restrictivo que el propio de los Juzgados de Familia de Madrid.

Así, respecto a las visitas intersemanales (con pernocta o sin pernoctar) y visitas en o a través del Punto de Encuentro (en cualquiera de sus modalidades), se acuerda que no se recuperan. Lo mismo acontecerá en relación a los fines de semana alternos, pues estos solo podrán recuperarse si el incumplimiento ha sido reiterado, injustificado e interesa al menor la recuperación de dichos días. Y para cerrar el círculo, también se acuerda que no se recuperarán las vacaciones de Semana Santa.

Respecto al restablecimiento del equilibrio en el régimen de guarda compartida, con mayor sencillez que el Acuerdo de la Junta Sectorial de los Juzgados de Familia de Madrid, se concluye que la falta de desarrollo de dicho régimen por la voluntad unilateral de uno de los progenitores resulta totalmente injustificada y contraria a Derecho, por lo que deberá recuperarse por el progenitor que se ha visto privado de desarrollar sus períodos de custodia, en la medida de lo posible y teniendo en cuenta el interés superior del menor. Los incumplimientos sobre el régimen de guarda compartida se compensarán con el período vacacional de verano en el sentido que los menores estarán un número superior de semanas de las que le correspondería, con el progenitor que no lo haya tenido bajo su guarda en el

⁹ Sobre este particular véase REY GONZÁLEZ, P., *Estado de alarma: ¿se incurre en incumplimiento de la resolución judicial que regula las medidas de los progenitores para con los menores si no se cumple en sus propios términos?*, en *Diario La Ley*, n. 9607, 2020, p. 1 y ss.

período ordinario durante el estado de alarma, en el bien entendido que si la compensación se resuelve con posterioridad al período vacacional de verano cada órgano judicial, analizando caso por caso y valorando que es lo que más interesa a la estabilidad del menor, decidirá si se produce o no dicha compensación y en qué forma.

En el ámbito procesal, finalmente, se acuerda que la resolución sea por sentencia, que las partes puedan presentar en cualquier momento, anterior a la vista, acuerdo por escrito, que se pueda ejercer acción reconvenzional si la misma se presenta por escrito cinco días antes de la vista y solo cuando la misma verse sobre las acciones previstas en el RDL, requerir a la parte actora, como requisito previo a la admisión de la demanda, un plan de parentalidad concreto con la propuesta de compensación, con apercibimiento de que no se tramitará la misma hasta que se no se presente, y requerir al demandado este mismo plan de parentalidad cinco días antes de la vista, si se va a oponer a lo solicitado.

Centrando nuestra valoración acerca de lo acordado por la Junta Sectorial de Jueces de Familia de Barcelona, en su acuerdo de 15 de mayo de 2020, respecto a la hipotética compensación del régimen de visitas afectado con motivo de la crisis sanitaria derivada del COVID-19, conviene señalar, en primer lugar, que bien está “fomentar” los acuerdos amistosos entre las partes; en segundo lugar, que no parece de recibo, salvo que solo estemos pensando en descargar de trabajo a los órganos judiciales (respuestas automáticas en sentido negativo al reequilibrio), establecer que las visitas intersemanales no se recuperan, así como tampoco las de las vacaciones de Semana Santa, y que las de los fines de semana alternos solo se recuperarán cuando el incumplimiento haya sido reiterado, injustificado e interese al menor la recuperación de dichos días (lo que bien cabe pensar que no pasará casi nunca en opinión de los titulares de la potestad jurisdiccional encargados de juzgar el caso concreto). Si a ello añadimos que, de soslayo, se les viene a decir a los progenitores no custodios, también en dicho Acuerdo, que si litigan con mala fe pueden verse abocados al pago de las correspondientes costas procesales; no hace falta hacer gala de una gran intuición para vislumbrar que los progenitores no custodios “pueden ir olvidándose” en la práctica de ver restablecido el equilibrio en relación a las alteraciones del régimen de visitas derivadas de la pandemia del coronavirus.

Francamente, para adoptar este acuerdo, mejor hubiere sido que la Junta de Jueces Sectorial de los Jueces de Familia de Barcelona hubiese limitado su texto a una sola línea que lo cubriría todo: “no se compensará de forma alguna la alteración del régimen de visitas interferido por la COVID-19”. De este modo, los progenitores no custodios ya lo tendrían claro y no perderían el tiempo en participar en una “compensación ficticia”, diseñada teóricamente, pero que en la praxis judicial será tanto como “encontrar una aguja en un pajar”.

Siendo criticable sobre este particular, como ya hemos señalado, el Acuerdo la Junta Sectorial de los Jueces de Familia de Madrid, es lo cierto que este parece mucho “más avanzado” que el derivado de la Junta Sectorial de los Jueces de Familia de Barcelona, pues este último parece diseñado conscientemente para “no

perder tiempo” en determinar cómo compensar el tiempo de visitas perdido con motivo del COVID-19 es, inconscientemente, para beneficiar a aquellos progenitores no custodios que, sabiendo del tenor del acuerdo interpretativo, lo tienen muy fácil para impedir, cuando así lo deseen, cualquier acuerdo de compensación sobre el régimen de visitas: bastará con boicotear cualquier intento de pacto entre las partes y decirle al progenitor no custodio que si lo desea plantee una demanda judicial que será resuelta con criterios favorables a la no compensación y, ya que estamos, que tengan cuidado, no sea que se les aprecie la mala fe en su conducta procesal y deban hacer frente también al pago de las costas procesales.

IV UN EJEMPLO PRÁCTICO DE APLICACIÓN DEL “SENTIDO COMÚN” EN ORDEN A CONSEGUIR UNA COMPENSACIÓN EQUITATIVA DEL RÉGIMEN DE VISITAS INTERFERIDO CON MOTIVO DEL COVID-19

Tras haber defendido en el apartado precedente una solución “equilibrada” acerca de la posible compensación del régimen de visitas que se haya visto alterado con motivo de la crisis sanitaria; a continuación, partiendo de un supuesto tipo, propondremos un modelo acerca de cómo pudiere afrontarse dicha compensación en la realidad diaria de nuestros órganos jurisdiccionales.

Pensemos, por ejemplo, en un típico caso en que una pareja divorciada, con una hija en común de 12 años, viene ajustándose, viviendo ambos progenitores en idéntica provincia (o incluso en otra), pero en localidades distintas (a lo mejor separadas por 50 kilómetros de distancia), a un régimen de visitas intersemanales (la tarde del miércoles, con pernocta en el domicilio del progenitor no custodio), de fin semana (fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar y hasta el lunes en que la menor será retornada por el progenitor no custodio al colegio) y vacacionales (la mitad de los días de Navidad, Semana Santa y de los meses de julio y agosto).

Este sistema de visitas, con motivo de haberse decretado el estado de alarma el día 14 de marzo de 2020, y tomando en consideración que el mismo sea levantado con fecha 30 de junio (como viene anunciándose), bien puede haber quedado “en suspenso” por voluntad unilateral impuesta del progenitor custodio (ante la que poco o nada pudo hacer el no custodio), por acuerdo entre ambos progenitores o, incluso, por oferta de “precaución” presentada por el progenitor no custodio ante el silencio sobre el particular por parte de aquel progenitor que ostenta la custodia en exclusiva. Sea como fuere, a efectos prácticos, dicha situación de “suspensión” se habrá traducido, en el caso concreto derivado del ejemplo propuesto, en que la menor y el progenitor no custodio, cuando se alce el estado de alarma, hayan dejado de estar en contacto durante 15 días de visita intersemanal (con su pernocta incluida); 6 o 7 fines de semana completos (desde el viernes a la salida del colegio y hasta el lunes con el retorno de la menor al colegio, es decir, aproximadamente 21 días completos) y la mitad de las vacaciones de Semana Santa, esto es, 5 días completos.

Si computamos todos los días de visita no disfrutados, estos suman, aproximadamente, 41 días completos. La lógica más elemental sugiere que, ante la

situación que se acaba de describir, el progenitor custodio, con motivo del alzamiento del estado de alarma, sugiera al progenitor no custodio, de buena fe y pensando en el interés de la menor, que el progenitor no custodio pueda recuperar dichos días progresivamente (quizás no todos, aplicando el sentido común, pero sí una gran parte); o bien que el progenitor no custodio, es decir, aquel que no ha podido estar en contacto directo con su hija durante casi tres meses, sugiera al custodio un calendario de “compensación”, no total, pero sí significativo. Sin embargo, como todos podemos intuir, cada ex-pareja es un universo particular y bien pudiera pasar que el progenitor custodio no quisiera “darle” ni un minuto de compensación a su ex o, incluso, en algunos casos, que un progenitor no custodio, acomodaticio, optase por dar por bueno, incluso en contra de lo que opine el custodio, el haber perdido 41 días de contacto con su propia hija.

Por todo lo anterior, es probable que el modo de cómo “compensar” los días perdidos acabe en sede judicial (en el mayor número de casos, aun cuando no en todos, a instancia del no custodio que se sienta doblemente victimizado: no ha podido disfrutar de la relación directa con su hija durante 41 días y, para más inri, tras decretarse el alzamiento del estado de alarma ha sido penalizado por el cónyuge custodio, consciente o inconscientemente, con no poder recuperar ni un solo segundo de esos 41 días (difíciles, además, con motivo del confinamiento).

En estos casos, en nuestra modesta opinión, los Jueces de Familia, sin perjuicio de valorar, caso por caso, las circunstancias particulares de cada situación particular; no debieran partir, amparándose en una inmotivada referencia al estado de la menor y la conveniencia de “normalizar” su situación”, en la excepcionalidad del régimen de compensación de visitas; sino, antes el contrario, en su generalización, pero en el bien entendido que es bastante probable que no tenga sentido que dicha compensación incluya los 41 días íntegros que se hayan perdido con motivo del COVID-19. Y para hacerlo, más allá de pensar en descargarse de trabajo, lo cual es comprensible, pero no defendible, bien podrían inspirarse en la lógica y el sentido común.

Un sentido común que bien pudiera sugerir, por ejemplo, en el caso tipo del cual hemos partidos a efectos expositivos, que las visitas intersemanales no sean objeto de recuperación en sus estrictos términos y totalidad, pero sí computables de alguna forma en los períodos vacacionales; que las visitas de fin de semana tampoco sean objeto de compensación en sus estrictos términos y totalidad, pero sí tomadas en consideración en cuanto a su recuperación gradual y parcial en tres meses (lo que ha durado, por cierto, el estado de alarma); y que los días vacacionales que el progenitor no custodio y su hija no hayan podido estar juntos en el período de Semana Santa, se incorporen, automáticamente, a uno de los períodos vacacionales de este mismo verano.

En esta línea nos atreveríamos a sugerir, en el supuesto de hecho analizado, que el progenitor no custodio (y su hija menor) vean compensada la alteración sufrida en el cumplimiento del régimen de visitas de la siguiente forma: las visitas intersemanales no disfrutadas a lo largo de tres meses (que sumarían 15 días de

haberse desarrollado con normalidad) darían paso a su compensación con tres días más en uno de los turnos vacacionales de verano de este año; el no disfrute de cinco días correspondientes a las vacaciones escolares de Semana Santa, darían pie a su compensación con cuatro días más en uno de los turnos vacacionales de verano de este año; y el no haber podido gozar del disfrute de la visitas de siete fines de semana pudiera compensarse con el hecho de permitir que en los meses de septiembre, octubre y noviembre (ya superados los turnos vacacionales) el progenitor no custodio gozase de tres fines de semana por uno del progenitor custodio.

Esta forma de recuperación, no total, pero sí guiada por una cierta lógica, bien pudiera conducir a proteger el interés prioritario de la menor (que pueda recuperar, de alguna forma, los días de contacto directo con el no custodio de los que no ha podido disfrutar, llegando a estar tres meses alejada de cualquier presencialidad con dicho progenitor), el interés del progenitor no custodio (no parece de recibo que a quien la excepcionalidad del momento ha privado del régimen de visitas con su hija, se le quiera cargar ahora, en exclusiva, con no poder recuperar ni un solo segundo del contacto no disfrutado con la menor) e, incluso, el interés del progenitor custodio, que salvo que sea un amante de la “alienación parental” también tiene sentido que pueda disfrutar de unos días en que, sin olvidar en ningún momento a su hija, también lo haga mediante un relax que, a buen seguro, le hará afrontar, con mayor frescura y claridad mental, la vuelta a una supuesta normalidad tras la pandemia.

V CONCLUSIÓN

Aun cuando en cada caso debieran arbitrarse las medidas más idóneas en función de sus particulares circunstancias, puede concluirse que la compensación “abierta” con motivo del RDL 16/2020 respecto al régimen de visitas y estancias no debe reducirse a un simple brindis al sol, bien intencionado o propagandístico; sino que debiera verse reflejada en una realidad que beneficie a la estabilidad y bienestar emocional de los menores afectados, así como haga sentir a ambos progenitores y, en especial, a quien se haya visto privado de tener contacto alguno con sus hijos durante tres largos meses (pero también podría decirse de aquel progenitor custodio que se ha visto abocado, por imposición del no custodio, incluso sin comunicación o pacto alguno al respecto, a asumir el cuidado íntegro de la menor, en circunstancias complicadas, durante noventa días ininterrumpidos) que en el caso particular se imparte justicia.

Hacer justicia no es “descargar rápido” de trabajo a los órganos jurisdiccionales, sino dar una respuesta justa y equilibrada a todos los intereses en juego (por supuesto los de la menor y el progenitor custodio, pero también los del no custodio que, por mucho que a veces parezca que se olvida, no es de peor condición que el custodio). Siendo esto así, quizás los acuerdos de las Juntas Sectoriales de Jueces de Familia de Madrid y Barcelona, relativos al reequilibrio del régimen de visitas, pudieran haber sido muy breves y haber incorporado un tenor literal y

teleológico bien diferente, también fundado en el interés y bienestar emocional de los menores afectados.

Tenor literal que podría haber sido el siguiente: *“La compensación o restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas debe ser de aplicación general salvo que, en el caso concreto, el bienestar y estabilidad emocional del menor afectado aconsejen, objetiva y motivadamente, lo contrario. A los efectos de dicha compensación, los días perdidos de visita intersemanal y de las vacaciones de Semana Santa se reequilibrarán, salvo pacto en contrario de las partes u otra decisión del órgano judicial en función de las particularidades del caso concreto, mediante la adición, para el progenitor no custodio, de una semana más en el periodo vacacional de verano del año en curso. Respecto a los fines de semana alternos que hubieren podido verse afectados con motivo del COVID-19, su compensación tendrá lugar mediante la atribución al progenitor no custodio de tres fines de semana (por uno del progenitor custodio) en los meses de septiembre, octubre y noviembre”*.

En condiciones normales, no parece que este “reequilibrio” suponga ningún perjuicio emocional para un menor, tampoco perjudica al progenitor custodio y, por extensión, permite no “castigar” de nuevo a aquellos progenitores no custodios que, en más de una ocasión, ya han sufrido la aplicación de la doctrina del “premio al infractor”, esto es, de una interpretación del interés del menor que, en verdad, parece serlo más bien, aun cuando sea de forma inconsciente, del progenitor custodio (pensemos, por ejemplo, en los custodios que, aprovechando el estado de alarma han gozado, como en el ejemplo expuesto, de 41 días más de contacto con los hijos y, llegada la petición amistosa del no custodio de recuperar alguno de esos días, se limitan a responder que “no y punto”, imponiendo su voluntad a un no custodio que sabe que no le vale la pena acudir a la justicia, no solo porque los criterios interpretativos están en su contra, sino también porque tiene miedo a ser condenado en costas cuando intente defender sus derechos e intereses legítimos (y también los de los menores afectados).

En pleno siglo XXI convendría ir superando, de una vez por todas, ciertas inercias jurisprudenciales e ir poniendo al día, con sentido común, la justicia de familia.

VI BIBLIOGRAFÍA

DELGADO MARTÍN, J., *“Incumplimiento del régimen de visitas. Especial hincapié sobre el incumplimiento por parte del progenitor que tiene la custodia del hijo menor”*, en *Ejecución de sentencias civiles*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P., *Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley n. 16/2020, de 28 de abril*, Diario La Ley, n. 9624, Sección de Plan de Choque de la Justicia/Tribuna, 4 de mayo de 2020.

MARTÍNEZ DE SANTOS, A., *Medidas posibilistas en la Justicia civil después del levantamiento de la declaración del estado de alarma*, Diario La Ley, Sección de Plan de Choque de la Justicia / Tribuna, 4 de mayo de 2020.

PÉREZ MARTÍN, A. J., *Custodia, visitas y otras medidas en tiempos de coronavirus*, El Derecho, 6 de mayo de 2020.

REY GONZÁLEZ, P., *Estado de alarma: ¿se incurre en incumplimiento de la resolución judicial que regula las medidas de los progenitores para con los menores si no se cumple en sus propios términos?*, en Diario La Ley, n. 9607, 2020.

RODRÍGUEZ DE BRUJÓN Y FERNÁNDEZ, E. *Análisis del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*, Economist & Jurist, 29.04.2020.

SPINOLA PÉREZ, A.B. *Menores y régimen de visitas durante el estado de alarma acordado ante el COVID-19*, Economist & Jurist, 26 de marzo de 2019.

VALLESPÍN PÉREZ, D., *Asesoramiento y Praxis Judicial en el Divorcio Contencioso*, Bosch, Barcelona, 2014.

VALLESPÍN PÉREZ, D., *Juicio verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española (Análisis tras su reforma por Ley 42/2015)*, Juruá, Lisboa, 2016.

VALLESPÍN PÉREZ, D., *El derecho de los menores, mayores de 12 años, a ser oídos en los procedimientos de divorcio contencioso*, Práctica de Tribunales, Revista de Derecho Procesal y Mercantil, Madrid, n. 131, marzo-abril, 2018.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, J. *El frecuente incumplimiento del régimen de estancia de los menores con el progenitor no custodio en períodos lectivos o de vacaciones*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n. 821, 2011.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, J. *De las relaciones con los hijos cuando los progenitores no conviven*, Economist & Jurist, v. 19, n. 150, 2011.