

Roj: STS 5469/2013

Id Cendoj: 28079110012013100645

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 731/2012

Nº de Resolución: 723/2013

Procedimiento: Casación

Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 448/2011 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz, como consecuencia de autos de juicio verbal (por régimen de visitas a favor de abuelos y tíos de los menores) núm. 74/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Fregenal de la Sierra, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Ana María Cuesta Martín en nombre y representación de doña Encarna, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Luciano Rosch Nadal en calidad de recurrente, el procurador don Santos Carrasco Gómez en nombre y representación de don Salvador, doña Gracia, don Salvador y doña Isidora en calidad de recurrido y compareciendo el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Clara Sánchez-Arjona Sánchez-Arjona, en nombre y representación de los esposos doña Gracia y don Salvador, de don Salvador y de doña Isidora, interpuso demanda de juicio verbal solicitando adopción de medidas sobre régimen de comunicación y visitas respecto de los menores Jose Ángel y Carlos Jesús, a favor de sus abuelos y tíos (apoderados en el procedimiento), contra doña Encarna y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia <<en la que se adopten las siguientes medidas definitivas:

A) En cuanto al régimen de visita de los menores.- Respecto al régimen de visitas y comunicación de mis representados con los menores, solicitamos que se establezca el siguiente régimen:

- Visitas entre semana.- Los abuelos y tíos podrán tener a los menores en su compañía dos tardes en semana, martes y jueves, durante dos horas que comenzarán aproximadamente sobre las 18,00 horas hasta las 20,00 horas.

- fines de semana alternos (pares con la madre e impares con los abuelos y tíos), consistente en sábado desde las 11 horas de la mañana a 20 horas de la tarde del domingo.

- En vacaciones.- Distinguiremos:

* Vacaciones de Navidad: Se solicita que mis representados podrán tener consigo a los menores (años impares) cuatro días de las vacaciones de Navidad, desde el 23 al 26 de diciembre, ambos inclusive, y en los años pares, los días 30 al 1, ambos inclusive, y siempre la tarde del día de Reyes.

* Vacaciones de Semana Santa: Se solicita que mis representados podrán tenerlos consigo (años impares) cuatro días de las vacaciones de Semana Santa, desde el Domingo de Ramos hasta el Miércoles Santo ambos inclusive, y el siguiente año par, desde Jueves Santo hasta el Domingo de Resurrección, ambos inclusive.

* Vacaciones de verano: Se solicita que los abuelos y tíos podrán tenerlos consigo la segunda semana del mes de Julio, y la segunda semana del mes de Agosto (años impares) y la primera semana de cada mes, Julio y Agosto de los años pares.

- Igualmente mis representados podrán tener consigo a los menores para su asistencia a las fiestas familiares, tales como cumpleaños, bodas, bautizos y primeras comuniones, siempre previo aviso a la madre con dos semanas de antelación.

Tanto la madre como los abuelos y tíos se comprometen en todo caso a velar por el bien de los menores, tomando siempre en consideración el interés y protección de éstos, dando el mejor respeto a los mismos para favorecer la convivencia y el cariño entre ellos.

2.- La procuradora doña Ana María Cuesta Martín, en nombre y representación de doña Encarna , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado <<se proceda a desestimar íntegramente la demanda por los motivos expuestos, ya que no nos encontramos en el caso previsto para iniciar este tipo de procedimiento al existir en la actualidad relación entre los menores y sus abuelos, y en ningún caso son prohibidas u obstaculizadas por la madre, y SUBSIDIARIAMENTE, y para el caso de que se considerase que debe existir un régimen autónomo de visitas entre los abuelos y los nietos, se fije la tarde de los miércoles dos veces al mes y de forma alternativa, en horario de 17:00 horas a 20:00 horas, salvo por enfermedad o imposibilidad de los nietos, que será comunicada con 24 horas de antelación a menos que la indisponibilidad surja durante ese espacio de tiempo, y ello lógicamente sin que perjudique las actividades escolares de los menores, y además se acuerde que en el caso de coincidir dicho miércoles con algún día festivo, se sustituya por otro día de esa semana, y en ningún caso se reconozca el derecho de régimen de visitas de los tíos al reconocérselo a los abuelos. Con expresa imposición de costas a la parte actora>>.

3.- El Ministerio Fiscal contesta a la demanda con los hechos y fundamentos de derecho que estima aplicables y solicita <<se dicte sentencia conforme a lo alegado y probado en juicio, en la que se recojan cuantos pronunciamientos garanticen suficientemente los intereses y derechos de los menores, así como todos los que puedan derivarse del contenido del fallo>>.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Fregenal de la Sierra, dictó sentencia con fecha 9 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO.-

Que debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de Régimen de Visitas a favor de los abuelos promovida por Doña Gracia , Salvador , Salvador Y Isidora frente a Encarna y el MINISTERIO FISCAL y acuerdo el siguiente régimen de visitas a favor de Gracia y Salvador (abuelos de los menores de edad, Jose Ángel y Carlos Jesús):

El régimen de visitas que se acuerda es el siguiente:

1. Los abuelos podrán estar en compañía de los menores una vez por semana, fijando como día los miércoles, de 18 a 20 horas recogiendo y entregando a los menores en el domicilio materno. Si no se pudiera realizar las visitas el día indicado por enfermedad de los menores, por tener programada una salida con la madre, ser día festivo, tener los menores alguna actividad escolar o extraescolar programada se disfrutará el jueves en el mismo horario. En el caso de períodos vacacionales si los menores estuvieran de vacaciones con la madre se suspenderán las visitas hasta el regreso de vacaciones. Encarna estará obligada a comunicar dichas circunstancias con la antelación suficiente a lo que las circunstancias le permitan, y en todo caso siempre que sea posible con 24 horas de antelación.

2. En cuanto a los fines de semana los abuelos podrán tener a los menores el segundo y el cuarto domingo de cada mes, desde las 12 a 20 horas, entregando y recogiendo a los menores en el domicilio materno, salvo que la madre avise con antelación suficiente en caso de que tengan programada una salida, exista cualquier otra razón justificada, o se encuentren de vacaciones en cuyo caso las visitas se suspenderán. Encarna estará obligada a comunicar dichas circunstancias con la antelación suficiente a lo que las circunstancias le permitan, y en todo caso siempre que sea posible con 24 horas de antelación. En el caso de que el domingo que corresponda a los abuelos coincida con vacaciones de Navidad, Semana Santa, las visitas se reducirán a dos horas por la tarde de 18 a 20 horas.

3. El día de reyes los menores pasarán con sus abuelos paternos dos horas, de 18 a 20 horas.

No ha lugar a la imposición de costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte actora, la Sección núm. 2 de la Audiencia Provincial de Badajoz, dictó sentencia con fecha 23 de enero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO

Estimando en parte el recurso de apelación formulado por Gracia , Salvador , D. Salvador y D.ª Isidora contra la sentencia dictada en los autos nº 74/2011 del juzgado de Primera Instancia de Fregenal de la Sierra, debemos declarar y declaramos haber lugar a él, revocando la resolución impugnada a los solos efectos de admitir la posible relación de los demandantes Salvador y Isidora con los menores, fijando como régimen único y común a todos los familiares autorizados el siguiente:

1.- Estancia con los menores los miércoles de 18 a 20 horas, recogiendo y entregando en el domicilio materno.

2.- Estancia con los menores durante el último fin de semana de cada mes, desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, recogiendo y entregando en el domicilio materno.

3.- Estancia con los menores en cada año, desde las 12 a las 16 horas del día de Reyes, recogiendo y entregando en el domicilio materno.

4.- Estancia con los menores una semana cada año, desde las 18 horas de un viernes hasta las 20 horas del siguiente, durante los meses de julio o agosto en modo que no interfiera o interrumpa el periodo vacacional de la madre, recogiendo y entregando en el domicilio materno.

Se confirma en el resto la sentencia recurrida, no haciendo imposición al recurrente de las costas causadas en la alzada y procediendo la devolución del depósito constituido por el apelante para poder recurrir.

TERCERO .- 1.- Por D.ª Encarna se interpuso recurso de casación basado como motivo único en:

MOTIVO ÚNICO .- Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio, al amparo del art. 477.1 LEC . La norma que se considera infringida es el art. 160 del Código Civil , y nos amparamos como motivo del recurso la modalidad por RAZÓN DE INTERÉS CASACIONAL (art. 477.3 LEC), al existir *sentencias contradictorias de distintas Audiencias Provinciales sobre un mismo asunto* , invocando para la formalización del recurso la sentencia nº 83/2011 de fecha 15-2-2011, dictada por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el recurso nº 372/2006 en contraposición con la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2011 , de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2ª, sentencia nº 351/11, recurso nº 403/2011 y la sentencia que es objeto del presente recurso, el motivo de contradicción consiste en si la fijación de la pernocta del menor con sus abuelos y parientes siempre tiene que estar reconocida o en su caso ateniendo a la edad del menor no se debe conceder con carácter general.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 13 de noviembre de 2012 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal, para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Fiscal presentó escrito en el que concluye que procede la estimación del recurso de casación en el sentido que establece la sentencia; y, por su parte, el procurador don Santos Carrasco Gómez, en nombre y representación de los actores don Salvador , doña Gracia y otros, presentó escrito de oposición a la casación admitida suplicando la desestimación de la misma.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día cinco de noviembre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Por los demandantes (abuelos y tíos, paternos, de los menores) se interpuso demanda contra la madre de los menores, solicitando un amplio régimen de visitas, como consecuencia del fallecimiento del hijo y hermano, respectivamente, de los demandantes.

Por la demandada se opuso a la pretensión, dado que era innecesaria pues ya se facilitaba el contacto con la familia paterna, y subsidiariamente se facilitase el contacto dos miércoles al mes de 17 a 20 h.

La sentencia del Juzgado determinó un "régimen de visitas" de un día a la semana (miércoles) de 18 a 20 h; además, el segundo y cuarto domingo de cada mes de 12 a 20 h y el día de Reyes de 18 a 20 h. Se establecía un amplio abanico de posibilidades mediante el cual la madre podía imponer la suspensión de la visita.

En virtud de recurso de apelación de los demandantes al que se opuso la demandada y el Ministerio Fiscal, la Audiencia Provincial determinó una alteración del régimen de visitas, como se deduce de los antecedentes de hecho de la presente resolución, pero significativamente acordó la estancia con los abuelos

y tíos el último fin de semana de cada mes desde las 20 h del viernes a las 20 h del domingo y una semana cada año en julio o agosto desde las 18 h de un viernes hasta las 20 h del siguiente. Fijó que el régimen de relaciones sería conjunto para abuelos y tíos paternos.

SEGUNDO .- *Motivo único. Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio, al amparo del art. 477.1 LEC . La norma que se considera infringida es el art. 160 del Código Civil , y nos amparamos como motivo del recurso la modalidad por RAZÓN DE INTERÉS CASACIONAL (art. 477.3 LEC), al existir sentencias contradictorias de distintas Audiencias Provinciales sobre un mismo asunto , invocando para la formalización del recurso la sentencia nº 83/2011 de fecha 15-2-2011, dictada por la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, en el recurso nº 372/2006 en contraposición con la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2011 , de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2ª, sentencia nº 351/11, recurso nº 403/2011 y la sentencia que es objeto del presente recurso, el motivo de contradicción consiste en si la fijación de la pernocta del menor con sus abuelos y parientes siempre tiene que estar reconocida o en su caso ateniendo a la edad del menor no se debe conceder con carácter general .*

Se desestima el motivo .

La parte recurrente alega que el régimen de visitas para unos menores que cuentan tres años de edad es excesivamente amplio, pues no considera recomendable la pernocta en casa de los abuelos. En tal sentido cita dos sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz.

Por la parte recurrida se planteó la inadmisibilidad del recurso, pues la parte recurrente no detallaba la pretendida contradicción entre las sentencias, que no pasa de ser una cuestión de hecho. Añade que no hay una pretendida disparidad entre las resoluciones de la AP de Cádiz y la que ahora es objeto de recurso, pues en una de ellas no se priva a lo abuelos del derecho de pernocta y en la otra no se había solicitado por los abuelos.

La recurrida opone que la relación con los abuelos antes del fallecimiento del padre, era estrecha, pues vivían los menores en una vivienda que estaba encima del negocio familiar, como se reconoce expresamente la sentencia del Juzgado.

El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso dado que en la sentencia recurrida no se había valorado el interés del menor.

TERCERO .- *Sobre las relaciones de abuelos y nietos tiene declarado esta Sala que nada obsta a la pernocta de un menor de siete años, e impidiendo al mismo tiempo la de un menor de 14 meses (STS 28-6-2004, rec. 889/1999). Igualmente se habrá de tener en cuenta el interés del menor y la potenciación de las relaciones familiares (art. 8.1 Convención de Derechos del Niño) (STS 24-5-2013, rec. 732 de 2012). Los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular , sin que nada obste a la pernocta una vez atendidas las circunstancias de cada caso (STS 27-7-2009, rec. 543 de 2005). Sobre la relación con los abuelos también cabe citar la STS 20-10-2011, rec. 825 de 2009 .*

A la vista de esta doctrina, hemos de declarar que no es el primer caso en que se autoriza la pernocta de los menores con los abuelos, en períodos convenientemente ponderados, por lo que no estamos ante un tema novedoso, dado que este Tribunal ya ha dado una respuesta suficientemente clara a la cuestión, no impidiendo la pernocta, pero tampoco generalizándola, pues habrá que estar a las circunstancias del caso. *La pernocta no puede acordarse con carácter general pero tampoco puede impedirse indiscriminadamente .*

En cuanto a la pretendida contradicción de las sentencias de la AP de Cádiz con la ahora analizada y otra similar, también de la AP de Badajoz, debemos declarar que no existe el pretendido antagonismo de resoluciones, pues en la sentencia de la AP de Cádiz de 15-2-2011 se concede a los abuelos una semana de vacaciones en verano y otra semana en Navidad, sin excluir la pernocta.

En cuanto a la sentencia de la AP de Cádiz de 17-10-2006 no se niega el derecho de pernocta, ya que los abuelos no lo solicitaron ante la Audiencia Provincial, sino que se conformaron con las medidas adoptadas por el Juzgado.

CUARTO .- *La Exposición de Motivos de la Ley 42 de 2003 de 21 de noviembre mediante la que se modifica el art. 160 del C. Civil , entre otros, establece:*

Los abuelos desempeñan un papel fundamental de cohesión y transmisión de valores en la familia, que es el agente de solidaridad por excelencia de la sociedad civil. En este ámbito, la intervención de los poderes públicos debe tender a asegurar el mantenimiento de un espacio de socialización adecuado que favorezca la

estabilidad afectiva y personal del menor, a tenor del mandato contemplado en el artículo 39 de la Constitución , que asegura la protección social, económica y jurídica de la familia.

En este sentido, las normas vigentes del Código Civil dispensan un tratamiento exiguo a un elemento de significativa importancia en el desarrollo personal de los menores, esto es, las relaciones de los nietos con sus abuelos. En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. Esta situación privilegiada, junto con la proximidad en el parentesco y su experiencia, distingue a los abuelos de otros parientes y allegados, que también pueden coadyuvar al mismo fin. De acuerdo con todo lo anterior, la modificación legislativa que se aborda en esta ley persigue un doble objetivo. En primer lugar, singularizar desde un aspecto sustantivo, de forma más explícita y reforzada, el régimen de relaciones entre los abuelos y los nietos... Igualmente es objeto de atención el artículo 160 del Código Civil , cuya aplicación no sólo se circunscribe al caso de las rupturas matrimoniales, y pretende articular una salvaguarda frente a otras situaciones como el mero desinterés de los progenitores o la ausencia de uno de ellos que en tales circunstancias perjudicase las relaciones de los nietos con sus abuelos.

De los propios antecedentes de la norma se establece que aún cuando la relación prioritaria sea la paternofilial, debe prestarse una especial atención a la relación abuelos-nietos, en interés del propio menor.

De los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado, no contradicha, en este extremo, por la Audiencia Provincial, la relación de los nietos con sus abuelos ha sido muy estrecha y buena, sin que conste ningún obstáculo para restringirlas, pues el contacto ha sido asiduo, dado que la vivienda de la demandada y sus hijos, cuando vivía su esposo, era en la parte superior del negocio familiar.

A la vista de lo expuesto, no constan motivos para recelar de la resolución judicial recurrida, la que ha tenido en cuenta el interés del menor, rechazando el amplio régimen de estancia que pretendían los demandantes y reduciendo la pernocta a un fin de semana al mes y a una semana de vacaciones al año, solución moderada, que respeta el derecho de la madre, y el interés de los menores a mantener el contacto con la familia paterna, como factor estabilizador y emocionalmente enriquecedor, dado que los menores tenían tres años cuando se dicta la sentencia del juzgado, y hoy día cinco años.

QUINTO .- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente (art. 398 LEC de 2000).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D.^a Encarna representada por el Procurador D. Luciano Rosch Nadal contra sentencia de 23 de enero de 2012 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz .

2. Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3. Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.