



Roj: **STS 3612/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3612**

Id Cendoj: **28079110012019100575**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2019**

Nº de Recurso: **5477/2018**

Nº de Resolución: **581/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1710/2018,**
STS 3612/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 581/2019

Fecha de sentencia: 05/11/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5477/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: RDG

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5477/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 581/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan



D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 5 de noviembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 13 de junio de 2018, por la Audiencia Provincial de Sevilla, en el rollo de apelación núm. 2810/17, dimanante del juicio verbal del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de DIRECCION000 .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.ª María Victoria Brualla Gómez de la Torre, asistida de la letrada D.ª María Pérez Galván, en nombre y representación de D. Fabio y Encarna . .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Concepción López San Esteban, en nombre y representación de D.ª Eugenia .

Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Rosa María de la Peña López en nombre y representación de D.ª Eugenia , asistidos de la dirección letrada de D.ª Concepción López Nieto, formuló demanda de juicio verbal contra d. Fabio y doña Encarna y en el suplico de su demanda solicita se dé traslado de la misma con estimación de los pedimentos y argumentos contenidos en el cuerpo del mismo y acuerde la adopción del siguiente régimen de visitas y comunicaciones solicitado:

"-Una tarde a la semana, a elegir cuando mejor convenga a los progenitores y a falta de pronunciamiento, la tarde del miércoles durante 3 horas (de 17,00 horas a 20,00 horas) la abuela podrá visitar al menor en su domicilio, adaptándose a los horarios y rutinas del menor y a sus padres.

"-Un día de cada fin de semana, sábados o domingos durante 3 horas, en horario de mañana (de 11,00 h a 14,00 h), o tarde (de 17,00 a 20,00 h), cuando mejor convenga a los progenitores, y también en su domicilio, salvo que acuerden ambas partes que la visita se lleve a cabo en algún otro lugar más beneficioso para el menor.

"A partir de los 18 meses:

"- Una tarde a la semana, a elegir cuando mejor convenga a los progenitores y a falta de pronunciamiento la tarde del miércoles durante 3 horas (de 17,00 h a 20,00 h) la abuela podrá estar en compañía del menor recogiénolo en su domicilio y reintegrándolo al mismo.

"-Un día completo en fines de semana alternos, sábado o domingos (a elegir cuando mejor convenga a los progenitores) en horario de 12,00 h a 20,00 h, la abuela podrá estar en compañía del menor recogiénolo en su domicilio y reintegrándolo al mismo.

"- Además de dos días en los periodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y vacaciones de verano, en horario de 12,00 h del primer día hasta las 20,00 h del segundo día incluyendo la pernocta, la abuela podrá estar en compañía del menor recogiénolo en su domicilio y reintegrándolo al mismo.

"- También se solicita el derecho de la abuela a establecer desde el primer momento, cuantas comunicaciones telefónicas o escritas necesite para conocer la evolución, salud y estado de su nieto, respetando siempre las horas de descanso y rutinas tanto del menor como de sus progenitores".

2.- Por Decreto de fecha 27 de julio 2015 se admitió a trámite la demanda y se emplazó a los demandados para contestar, así como al Ministerio Fiscal.

3.- La procuradora D.ª Virtudes Moreno García en nombre y representación de D. Fabio y D.ª Encarna bajo asistencia de letrada de D.ª María Pérez Galván contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

"dicte sentencia en su día por la que se acuerde desestimar la demanda y no se acuerde judicialmente ningún régimen de convivencia entre la Sra. Eugenia y el menor Maximiliano , de 7 meses de edad, con expresa condena en costas a la actora por su evidente temeridad y mala fe, con todo cuando más procesa en derecho".

4.- La Fiscal, evacuando el traslado conferido, interesa en su escrito se tenga por contestada en tiempo y forma la demanda, y solicita:

"se dicte sentencia conforme a los hechos que resulten probados".



5.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de DIRECCION000 , dictó sentencia el 12 de diciembre de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que debo desestimar la demanda presentada por el procurador de Tribunales Sr. Enríquez Almorín a instancias de D.ª Eugenia frente a D. Fabio y D.ª Encarna , sin pronunciamiento en costas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.ª Eugenia correspondiendo su resolución a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, que dictó sentencia el 13 de junio de 2018 con el siguiente fallo:

"Estimando parcialmente el recurso de apelación revocamos la sentencia y fijamos un régimen de visitas en favor de la abuela de dos domingos alternos al mes de 11 a 13 horas en el punto de encuentro que debe emitir informes del desarrollo de la visita tutelada cada 2 meses.

"No hacemos pronunciamiento sobre las costas".

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación la representación procesal de D. Fabio y D.ª Encarna .

El recurso extraordinario por infracción procesal, lo argumentó con base en los siguientes motivos:

Primero.- El señalado en el art. 469.1.4.º LEC, por vulneración del derecho reconocido a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española.

Segundo.- El señalado en el art. 469.1.2.º de la LEC, por vulneración del derecho reconocido a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española, en relación con el art. 218.2 de la LEC.

El recurso de casación, lo argumentó con base en un único motivo: Se denuncia la infracción, por aplicación indebida del art. 160.2 del Código Civil, y oposición a la doctrina Jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo dictada sobre el mismo, puesta en relación con el principio del interés superior del menor, prevalente en todos los procedimientos cuyas consecuencias puedan afectarle.

2.- La sala dictó auto el 24 de abril de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación de D. Fabio y D.ª Encarna contra la sentencia de fecha 13 de junio de 2018 dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (sección 2.ª) en el rollo de apelación n.º 2810/2017, dimanante de los autos de juicio verbal n.º 564/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de DIRECCION000 .

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal".

3.- El Fiscal presentó escrito interesando la estimación de los recursos interpuestos y la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de DIRECCION000 en primera instancia, respecto a la desestimación de la demanda.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 23 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión de los recursos los que se exponen a continuación:

1.- Doña Eugenia formula demanda de juicio verbal en solicitud de un régimen de visitas respecto de su nieto, hijo de los demandados D. Fabio y D.ª Encarna , al amparo del art. 160.2 CC.

2.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda.

Razonó que:

"En el presente caso se evidencia no solo una inexistencia absoluta de vínculo familiar entre nieto y abuela sino una ruptura de las relaciones entre el padre del menor, hijo la actora y esta desde hace ya más de diez años y no sólo con él sino con toda la familia propia y extensiva.

"El caso resulta bastante llamativo. La actora, madre de dos hijos rompió hace años las relaciones con ellos debido a discrepancias importantes.

"Manifestaron en el acto de la vista que la actora ha ejercido una influencia negativa para los que no sólo le llevo a la ruptura del vínculo matrimonial sino a discrepancias irreconciliables con los propios hijos debido principalmente a sus cambios de estado anímico, llegando la actora a protagonizar varios intentos de suicidio.

"Se acredita que la actora padece desde hace años "un trastorno depresivo recurrente, que tiene un trastorno de personalidad ansiosa, lábil, sensible con tendencia a la rumiación ansiosa y ansiedad ansiosa a la precipitación "que dicho padecimiento es irreversible, y permanente y en la actualidad se encuentra entronizado al haber estado más de dos años sin respuesta positiva a los tratamientos a los cuales ha estado sometida".

"Refiere el Doctor Benítez Boné que "estima como poco probable la recuperación psíquica suficiente para el desempeño normalizado social, laboral y familiar y que no puede concluir si la misma tiene capacidad adecuada para el cuidado de su nieto".

"Con este panorama resulta muy sencillo llegar a la conclusión de un importante compromiso para el bienestar tanto físico como emocional del menor. Además, el menor se vería inmerso en un entorno de desconfianza, enfrentamientos y ruptura de la comunicación. El riesgo a evitar es incluir al menor, además, como una herramienta de castigo más, ya que en ocasiones, presencian actitudes beligerantes, enfrentamientos explícitos, nula comunicación e incluso comentarios despectivos. Suele ser un conflicto entre adultos y no de las menores con sus abuelos. La constatación de una situación de enfrentamiento entre los miembros del grupo familiar no es causa suficiente para impedir el contacto de los menores con sus abuelos, pero también es necesario valorar que eso no incida en un sufrimiento para niño. Si el enfrentamiento es demasiado duro, la relación de los menores con los abuelos está condenada al fracaso, ya que los adultos harán lo posible a tal fin.

"Además, se da la circunstancia y no por ello menos importante de que el menor no conoce a abuela con casi dos años de vida que tiene y que esta ni desea reanudar el vínculo con el padre del menor. A la actora sólo le interesa mantener contacto con su nieto y esto lo hace de lo punto inviable.

"En tales casos, a mi juicio, la única salida razonable es que los adultos se sometan a un proceso de mediación o terapia para rebajar el nivel de conflicto y no inmiscuir en él al menor. En la mayoría de estos casos, los menores, sobre todo, si son muy pequeños, manifiestan una buena y normal relación con el/la abuelo/a, pero a medida que pasa el tiempo, se evidencia que presencian y son cada vez más conscientes de la mala relación existente entre los adultos, surgiendo conflictos de lealtades que se inclinarán a favor de los progenitores.

"Si la relación ha sido negativa o casi inexistente con carácter previo, es difícil reanudar algo que apenas existía y está abocado al fracaso.

"Si la mediación o cualquier otro tipo de intervención no evolucionan favorablemente, en ese arco de conflictividad establecido, resulta difícil apartar a los menores del enfrentamiento de tal manera que se plantean varias opciones:

"a) O se mantienen las visitas establecidas y siguen los menores inmersos en el conflicto

"b) O se suprimen, de manera que los menores crecerían con una imagen falsa y peyorativa del/la abuelo/a, siendo sustituida su figura por otra ajena.

"c) O se articula un nuevo sistema de comunicaciones entre el/la abuelo/a y los menores en el .se procurará alejar a las partes en conflicto para reducir en lo posible la tensión durante visitas.

En estos casos, un Punto de Encuentro Familiar puede ayudar, pero, la experiencia demuestra al final, prevalece la postura del/la progenitor/a, en la medida en que ostenta la patria potestad.

Por todo ello no procede acceder a la pretensión de la actora en aras del interés del menor, ya ninguna alternativa de las expuestas que comporte el acercamiento de la actora con el menor, en el estado actual, aseguraría el bien estar del menor".

3.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, del que ha conocido la sección segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, que ha dictado sentencia el 13 de junio de 2018, por la que estima parcialmente el recurso de apelación y fija un régimen de visitas en favor de la abuela de dos domingos alternos al mes de 11 a 13 horas en el punto de encuentro, que debe emitir informes del desarrollo de la visita tutelada cada 2 meses.

4.- La motivación de la sentencia recurrida, en síntesis, es la siguiente:

"Los dos principios que se deben ponderar para decidir sobre la procedencia de la relación de la abuela con su nieta, es el beneficio en el caso concreto que esa relación tendrá para la menor, sin perjuicio ni peligro para



ella, y segundo, la valoración en principio positiva de la relación de los abuelos con sus nietos; en este caso se pueden conjugar esos principios, por un lado adoptar un régimen que garantice la estabilidad y seguridad del menor, al realizarse las visitas bajo supervisión del punto encuentro y otro que permita a la abuela el inicio de una relación con su nieto".

5.- La parte demandada apelada ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal, y recurso de casación en su modalidad de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

El recurso de casación contiene un único motivo que se funda en la infracción del art. 160.2 CC, y en la oposición a la doctrina de esta sala contenida en las Sentencias de 20 de febrero de 2015, 18 de marzo de 2015, 16 de septiembre de 2015 y 27 de septiembre de 2018, al haberse aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor y no apreciar que concurra justa causa para denegar las relaciones del nieto con la abuela, a la vista de los hechos probados.

Se argumenta que la sentencia recurrida obvia que la relación del menor con su abuela lejos de reportarle algún beneficio le causaría un grave perjuicio y un constante conflicto emocional, al constatarse que la abuela sufre trastorno depresivo recurrente, que ha tenido varios intentos de autolisis y necesita constante medicación y terapia, que no conoce a su nieto, ni mantiene relación con los padres del menor ni con su otra hija, ni con su exmarido, ni con el resto de la familia desde hace más de 12 años por la influencia negativa y el daño que les causó en su día por su actitud manipuladora.

El recurso extraordinario por infracción procesal se compone de dos motivos. El primero, al amparo del art. 469.1.4.º LEC, por vulneración del art. 24 CE, en tanto en cuanto la sentencia recurrida realiza una valoración arbitraria e ilógica de la prueba. Alega que la sentencia recurrida estima parcialmente el recurso de apelación y acuerda que la abuela inicie una relación con un nieto menor al que no conoce, estableciendo un régimen de visitas en el punto de encuentro, sin tomar en consideración ni valorar que pruebas conducen a tal conclusión, máxime cuando existen otras tales como el informe del perito judicial y la historia clínica de la Sra. Eugenia de las que se desprende el riesgo que el contacto con la abuela pueda tener desde el punto de vista físico y emocional con el menor. En el motivo segundo se denuncia, al amparo del art. 469.1.2.º LEC la vulneración del art. 218.2 LEC, alegando que la sentencia recurrida no contiene motivación alguna, limitándose a una exposición teórica sobre las relaciones entre abuelos y nietos, a citar algunas sentencias de esta Sala sobre la materia para concluir, sin valorar ninguna prueba, que procede estimar en parte la demanda, sin motivar las razones por las que modifica la de instancia y considera que no existe causa justa para impedir la relación entre abuela y nieto.

6.- La sala dictó auto el 24 de abril de 2019 por el que acordó admitir ambos recursos.

7.- El Ministerio Fiscal interesa, tras un ponderado análisis fáctico y jurídico del litigio, la estimación de los recursos interpuestos y, por ende, la confirmación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

SEGUNDO.- La cuestión se reduce a un tema jurídico, más que fáctico, por cuanto la sentencia recurrida no se desdice de los hechos probados de esta naturaleza recogidos en la sentencia de primera instancia.

Por tanto, se ha de partir de estos para sopesar si la decisión jurídica de la Audiencia protege o no el interés del menor.

Consecuencia de lo anterior es dar respuesta al recurso de casación, pues si se estima, y solo excepcionalmente, no tendría sentido enjuiciar el recurso extraordinario por infracción procesal, estrechamente relacionado con aquél en valoraciones de naturaleza jurídica y no fáctica.

TERCERO.- *Decisión de la sala*

1.- En la sentencia núm. 90/2015, de 20 de febrero, decíamos que la Sala tiene sentado un cuerpo de doctrina respecto del régimen de visitas y comunicación entre abuelos y nietos, que recuerda la sentencia de 27 de julio de 2009 citada por la parte. Rige en la materia un criterio de evidente flexibilidad en orden a que el Juez pueda emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las particularidades del caso, el cual deben tener siempre como guía fundamental el "interés superior del menor" (STS 28 de junio de 2004), si bien, y en aras de ese interés, se prevé la posibilidad de suspensión o limitación del régimen de visitas, como señala la Sentencia de 20 de septiembre de 2002, cuando se advierta en los abuelos una influencia sobre el nieto de animadversión hacia un progenitor.

Tal interés, guía de la interpretación jurisprudencial, deriva de lo establecido en el artículo 8.1 de la Convención de Nueva York sobre los Derechos del Niño, que establece que "Los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos [...] Las relaciones familiares de conformidad con la Ley [...]".



Así se contempla no solo en el artículo 160 del Código Civil sino también en las legislaciones autonómicas.

De ahí que la Sala parta de la regla de que no es posible impedir el derecho de los niños al contacto con sus abuelos, únicamente por la falta de entendimiento de éstos con sus progenitores por diversos motivos (STS de 20 de octubre de 2011). Reciente es la STS de 13 de febrero de 2015, Rc. 2339/2013, que recoge la citada doctrina.

Ahora bien, el artículo 160. 2 del Código Civil sí permite denegar las relaciones del nieto con sus abuelos cuando concurra justa causa, que no es definida y, en consecuencia, debe examinarse en cada caso, sirviendo de guía, como se ha dicho, para tal valoración el interés superior del menor.

Esta doctrina de la Sala se viene reiterando en posteriores sentencias como la de 24 de mayo de 2013 y 14 de noviembre de 2013, siendo corolario de la misma la de que se ha de estar a las circunstancias del caso y valorar singularmente en cada uno de ellos si lo que el Tribunal considera probado constituye una causa relevante y de entidad como para ser calificada de justa a efectos de impedir, aunque sea transitoria y coyunturalmente un régimen de visitas y comunicación de los abuelos con los nietos, si se tiene en consideración el papel que desempeñan los abuelos de cohesión y trasmisión de valores en la familia según recoge la Exposición de Motivos de la Ley 42 de 2003 de 21 de noviembre por la que se modificó el artículo 160 del Código Civil, entre otros.

2.- Se viene a reiterar la anterior doctrina en la sentencia núm. 18/2018, de 15 de enero, y en la núm. 532/2018, de 27 de septiembre.

En esta última la sala abordó un supuesto similar al presente, por lo que a relaciones ente abuela y progenitores de los menores se refiere.

Decía que "a partir de los hechos descritos, la sentencia recurrida ha considerado que existe justa causa para negar esta relación familiar, y esta justa causa no se establece de una forma simplemente especulativa sino fundada en beneficio e interés de las menores, a las que se coloca en una situación de riesgo de mantenerse las comunicaciones con los abuelos paternos; riesgo que considera suficiente para no señalar régimen de visitas alguno. Ahora bien, de una forma sorprendente mantiene este régimen de vistas. Ciertamente es que lo hace de una forma restringida, como lo hizo el juzgado, en un punto de encuentro, lo que tampoco es conveniente en interés de las menores.

"Y es que, si bien es cierto, y así lo pone de manifiesto el Ministerio Fiscal, que el interés de los menores se ha de salvaguardar en todo caso, también lo es que no pueden relativizarse las relaciones existentes entre los dos grupos de adultos y que la justa causa para negar las comunicaciones, visitas y estancias de las nietas con sus abuelos viene condicionada no solo por unas reiteradas denuncias, condenas, alejamientos, etc., sino por la absoluta desvinculación familiar durante un periodo considerable de tiempo (la mayor desde los cuatro años; la pequeña no les conoce) y, especialmente, por el riesgo que para las niñas va a suponer estas las vistas, por muy restrictivas que sean, y por la evidente influencia sobre las nietas de animadversión hacia la persona de sus padres, que la sentencia deduce de comportamiento tan anómalo y reprochable de los abuelos con su hijo y nuera, que no han asumido verdaderamente su papel de abuelos desde que dejaron de relacionarse con sus nietas, con el irreversible efecto que el transcurso del tiempo ha ocasionado en el desarrollo de la vida familiar desde que cesaron estas comunicaciones, salvo que se reconduzca la situación".

Bien es cierto que la edad de la menor no es la misma, pero también que se encuentra en un periodo de inicio y desarrollo de afectividades, y no consta que pueda o no perjudicarle la situación psíquica de la abuela; por lo que, tratándose de una menor, toda cautela es poca.

De ahí, que la propuesta de la juzgadora de primera instancia proteja mejor el interés de la menor, y deba estimarse el recurso, como interesa el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se imponen a la recurrente las costas del recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación, sin el examen del extraordinario por infracción procesal, interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 13 de junio de 2018, por la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, en el rollo de apelación n.º 2810/17-N, dimanante del juicio verbal n.º 564/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de DIRECCION000 .



2.- Casar la sentencia recurrida y, al asumir la instancia, confirmar la sentencia dictada en la primera instancia, cuya firmeza se declara.

3.- No se imponen las costas del recurso a la parte recurrente, ni se hace expresa condena de las de las instancias.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas

Eduardo Baena Ruiz M.^a Angeles Parra Lucan

Jose Luis Seoane Spiegelberg

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ