



Roj: **STS 4535/2004 - ECLI:ES:TS:2004:4535**

Id Cendoj: **28079110012004100592**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/06/2004**

Nº de Recurso: **899/1999**

Nº de Resolución: **632/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Junio de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintidós, como consecuencia autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Veintidós de Madrid, sobre relaciones paterno filiales; cuyo recurso fue interpuesto por D<sup>a</sup>. Alicia , representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Celina Casanova Machimbarena; siendo parte recurrida D. Luis Andrés y D<sup>a</sup>. Celestina , representados por la Procuradora D<sup>a</sup>. Gema de Luis Sánchez. Autos en los que también ha sido parte el MINISTERIO FISCAL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora D<sup>a</sup>. Gema de Luis Sánchez, en nombre y representación de D. Luis Andrés y D<sup>a</sup>. Celestina , interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Veintidós de Madrid, sobre relaciones paterno filiales; siendo parte demandada D<sup>a</sup>. Alicia ; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado la adopción de las siguientes medidas definitivas: "-Que se permitan a los abuelos paternos D. Luis Andrés y D<sup>a</sup>. Celestina disfrutar con los niños Carlos y Donato de los fines de semana así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, estas últimas alternativamente a elección de la madre".

2.- La Procuradora D<sup>a</sup>. Celina Casanova Machimbarrena, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Alicia , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que desestimando la demanda y estimando lo solicitado por esta representación, establezca siempre que no resulte perjudicial para los menores, que los actores puedan visitar a sus nietos y tenerlos en su compañía domingos alternos desde la 17'00 horas hasta las 20'30 horas del mismo día, recogiendo los abuelos a los niños en el domicilio familiar y reintegrándolos posteriormente al mismo, suspendiéndose este régimen en los periodos de vacaciones escolares en que la madre y sus hijos se encuentran fuera del domicilio habitual, y todo ello con expresa imposición de costas a los demandantes."

3.- El Ministerio Fiscal, presentó escrito contestando a la demanda, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia conforme el resultado probatorio.

4.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Veintidós de Madrid, dictó Sentencia con fecha 28 de abril de 1.997 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por la Sra. Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Gema de Luis Sánchez en nombre y representación de D. Luis Andrés y D<sup>a</sup>. Celestina , contra D<sup>a</sup>. Alicia , en los autos de juicio de menor cuantía nº 685-E, del año 1.996, debo declarar y declaro el derecho de los actores a relacionarse personalmente con sus nietos, Donato y Carlos ,



estableciendo al efecto el siguiente régimen de visitas abuelos-nietos que deberá ser respetado y propiciado por la Sra. Alicia : El régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos con sus nietos menores de edad, Donato y Carlos será el que libremente concierten aquellos con Dña. Alicia y solo en caso de desacuerdo se concretarán en que puedan tenerlos en su compañía un fin de semana al mes, con pernocta, -comenzando por el inmediato posterior a la notificación de la presente resolución- desde las 18 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo, una de las fiestas de Navidad, entendiéndose por tal la Nochebuena y el día de Navidad, o Nochevieja y el día de Año Nuevo, o la noche y el día de Reyes, tres días en Semana Santa y quince días seguidos en verano, eligiendo estos períodos la madre. El régimen de estancias de un fin de semana al mes quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de verano. La recogida y entrega de los menores se efectuará en un honorario que no altere su ritmo de vida y en el domicilio del progenitor custodio (la madre). No se hace un especial pronunciamiento en costas."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D<sup>a</sup>. Alicia , la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintidós, dictó Sentencia con fecha 15 de enero de 1.999 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D<sup>ña</sup>. Alicia contra la sentencia dictada en fecha 28 de abril de 1.997, por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 22 de los de Madrid , en autos de menor cuantía nº 685/96; DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la mentada resolución; sin hacer expresa imposición de costas causadas en esta instancia."

TERCERO.- 1.- La Procuradora D<sup>a</sup>. Celina Casanova Machimbarena, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Alicia , interpuso recurso de casación respecto la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Veintidós, de fecha 15 de enero de 1.999 , con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del nº 4º del art. 1.692 de la LEC de 1.881 , se alega infracción por interpretación errónea del art. 160 del Código Civil . SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 154 y 156, párrafo 4º, del Código Civil . TERCERO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 92, párrafo segundo del Código Civil en relación con el art. 158.3º del mismo Texto Legal .

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la Procuradora D<sup>a</sup>. Gema de Luis Sánchez, en nombre y representación de D. Luis Andrés ; y el Ministerio Fiscal presentó escrito de impugnación al recurso formulado.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de junio de 2.004, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por Dn. Luis Andrés y Dña. Celestina se formuló el 18 de septiembre de 1.996 demanda de juicio de menor cuantía contra su nuera Dña. Alicia , con fundamento en el párrafo segundo del art. 160 CC , solicitando que, en concepto de abuelos paternos de los menores Donato , nacido el 1 de febrero de 1.990, y Carlos , nacido el 22 de noviembre de 1.995, se les permita disfrutar con éstos de los fines de semana así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, estas últimas alternativamente a elección de la madre. Dichos menores son hijos del matrimonio formado por la demandada y, el hijo de los actores, Dn. Juan Pedro , el cual se separó judicialmente de su esposa el 14 de noviembre de 1.995, falleciendo el día 15 de diciembre siguiente.

La demandada se opuso al régimen de visitas pretendido por los actores y solicitó que se establezca, siempre que no resulte perjudicial para los menores, que aquellos puedan visitar a sus nietos y tenerlos en su compañía domingos alternos desde las 17,00 horas hasta las 20,30 horas del mismo día, recogiendo los abuelos a los niños en el domicilio familiar y reintegrándolos posteriormente al mismo, con suspensión de este régimen en los periodos de vacaciones escolares en que la madre y sus hijos se encuentran fuera del domicilio habitual.

El Ministerio Fiscal informó que procedía establecer el siguiente régimen de visitas: un fin de semana completo con pernocta al mes, una de las fiestas de Navidad, entendiéndose por tal Nochebuena y el día de Navidad y el día de Año Nuevo o la noche y el día de Reyes a elección de la madre, cuatro días en Semana Santa y quince días seguidos en verano.

La Sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 22 de Madrid de 28 de abril de 1.997 , autos de juicio de menor cuantía nº 685 de 1.996, declaró el derecho de los actores a relacionarse personalmente con sus nietos y estableció el siguiente régimen de visitas que deberá ser respetado y propiciado por la Sra. Alicia : El régimen de visitas, comunicación y estancia de los abuelos con sus nietos menores de edad, Donato y Carlos , será el que libremente concierten aquéllos con Dña. Alicia , y sólo en caso de desacuerdo se concretará en que puedan tenerlos en su compañía un fin de semana al mes, con pernocta, -comenzando por el inmediato posterior a la notificación de la presente resolución- desde las 18 horas del viernes hasta las 21 horas del



domingo, una de las fiestas de Navidad, entendiéndose por tal la Nochebuena y el día de Navidad, o Nochevieja y el día de Año Nuevo, o la noche y el día de Reyes, tres días en Semana Santa y quince días seguidos en verano, eligiendo estos períodos la madre. El régimen de estancias de un fin de semana al mes quedará en suspenso durante la totalidad de las vacaciones de verano. La recogida y entrega de los menores se efectuará en un horario que no altere su ritmo de vida y en el domicilio del progenitor custodio (la madre).

La Sentencia de la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de esta capital de 15 de enero de 1.999, Rollo nº 1.689 de 1.997, desestimó el recurso de apelación y confirmó la resolución recurrida, indicando como argumentos determinantes: el beneficio de los menores; la relación anterior de éstos con los abuelos antes de la muerte del padre, pues el nieto mayor pasaba días completos con ellos; que debe mantenerse una relación familiar fluida al no desprenderse del régimen acordado factor negativo y pernicioso para los menores; y sin que el reconocido se equipare por su extensión a los determinados en procesos matrimoniales en circunstancias normales.

Por Dña. Alicia se interpuso recurso de casación articulado en tres motivos, todos ellos al amparo del ordinal cuarto del art. 1.692 LEC .

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se denuncia infracción por interpretación errónea del art. 160, párrafo segundo, del Código Civil . En el cuerpo del motivo se razona, en síntesis, que no se discute el derecho de los abuelos a relacionarse con los nietos, pero se discrepa del régimen establecido, que se opone, a juicio de la parte recurrente, al término legal "relación", que nunca puede comprender el pernoctar en una casa o pasar una temporada conviviendo contra otras personas, y a la jurisprudencia representada por las Sentencias de 17 de septiembre y de 11 de junio de 1.996. La problemática jurídica que plantea el motivo presenta dos perspectivas -la del momento de presentarse la demanda y la actual-, las cuales, ambas, deben ser examinadas para la resolución del recurso.

Por lo que respecta a la primera procede significar que, aun cuando no se suscribe totalmente la interpretación general que sostiene la parte recurrente, se acepta en parte su planteamiento concreto. El art. 160 CC establecía en su párrafo segundo (redacción por Ley 21/1.987, de 11 de noviembre ) que "no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes allegados". No suscitaba polémica la apreciación de que entre los parientes se comprendían los abuelos, e incluso con un carácter privilegiado, y, quizás por esto -para resaltar tal aspecto-, y a pesar de no haber lugar a la duda, la Ley 42 de 2.003, de 21 de noviembre , incluyó expresamente, junto a "y otros parientes y allegados", a los abuelos (como ya lo habían hecho otros Códigos, como el de Familia de Cataluña - art. 135, Ley 9/1.998, de 15 de julio -, el Code Civil Francés - art. 371.4, debido a las Leyes 4 de junio de 1.970 y 22 de enero de 1.993 -, o el BGB -§ 1.685, redactado por Ley 1 de julio de 1.998-). Resulta de interés el comentario anterior, porque, si bien la expresión "relaciones personales" que empleaba, y sigue empleando el precepto, adolece de una evidente vaguedad, y se presta el debate, sin embargo, habida cuenta lo dicho, permite una evidente flexibilidad al Juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso, y siempre claro está teniendo en cuenta el interés superior del menor, que constituye un principio rector de la actuación de los poderes públicos cuando se resuelven cuestiones que afectan al mismo ( art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1.989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1.990 ; art. 2º Ley Orgánica 1/1.996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor ; SSTC 124/2.002, de 20 de mayo, y 221/2.002, de 25 de noviembre ). Con arreglo a lo expuesto, los abuelos ocupan una situación respecto de los nietos de carácter singular, y, sin perjuicio de tener en cuenta las circunstancias específicas del supuesto que determinan que aquella pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la "relación personal" a un mero contacto durante un breve tiempo como pretende la parte recurrente, y nada impide que pueda comprender "pernoctar en casa o pasar una temporada" con los mismos. La alegación de la recurrente no tiene apoyo legal, pues en absoluto se afecta al ejercicio de la patria potestad, ni tampoco sustento jurisprudencial, y aunque en el recurso se citan las Sentencias de esta Sala de 11 de junio y 17 de septiembre de 1.996 , ni en ellas, ni en otras dictadas en la materia (7 de abril de 1.994, 11 de junio de 1.998, 23 de noviembre de 1.999, 3 de mayo de 2.000), se establece la doctrina que se dice en el recurso, aunque sí se reitera el principio de primacía del interés del menor, e incluso en la Sentencia de 11 de junio de 1.996 (citada en el motivo) se dice (fto. sexto) que procede "ordenar que sea oído, para que tras el examen de cuestión exprese sus opiniones en cuanto a sus relaciones con los abuelos y deseos personales de visitarlos o pasar algún fin de semana o periodo vacacional, pernoctando incluso en su domicilio con ellos, sin perjuicio del ejercicio de la patria potestad que tiene que compatibilizarse con estas relaciones y régimen de visitas"; a todo lo que aún cabe añadir que el legislador reciente ( Ley 42/2.003, de 21 de noviembre ) ha venido a compartir la orientación del Tribunal Supremo, como lo revelan los arts. 90 B), 94, párrafo segundo, y 161 (para el menor acogido) CC en los que se hace referencia a "régimen de visitas y comunicación".

Teniendo en cuenta la doctrina anterior, y las circunstancias concurrentes en el menor Donato , que tenía al tiempo de la demanda casi siete años y ya había pernoctado en casa de sus abuelos con anterioridad, se



considera correcto el régimen jurídico de vistas -"relación personal"- respecto de los abuelos establecido en la sentencia recurrida. Por el contrario, en lo que se refiere al otro nieto, Carlos , de sólo catorce meses de edad al tiempo de la demanda y diecisiete meses al tiempo de la Sentencia del Juzgado, el sistema establecido no es el adecuado, de modo que a una tan corta edad no resulta oportuno una pernocta -hacer noche- lejos de la madre, o sin consentimiento de ésta.

La exposición anterior resulta ineludible para dar respuesta al recurso, pero el interés público de la materia en relación con la actual edad de los menores requiere otra apreciación trascendente - decisiva- para la resolución del asunto. Y es que, teniendo en cuenta esta edad y la normativa antes expuesta ( Convención Internacional de 1.989 , y art. 9 Ley 1/1.996 -al que incluso se le reconoció eficacia retroactiva en SS. de 17 de septiembre de 1.996 y 23 de noviembre de 1.999 -), el régimen de visitas precisa de la audiencia de los dos menores (el mayor de ellos ya debió ser oído por la Audiencia Provincial antes de dictar Sentencia) que no puede obviarse sin incurrir en denegación de la tutela judicial efectiva ( SSTC 221/2.002, 25 de noviembre, 178/2.003, 13 de octubre; 71/2.004, 19 de abril ). Por consiguiente procede acordar que en ejecución de sentencia, con audiencia de los interesados, de los menores y del Ministerio Fiscal, se establezca un régimen de visitas entre los abuelos y nietos, que puede ser el mismo hasta ahora establecido u otro diferente, debiendo ponderarse la razonabilidad de las opiniones de los menores, lo que no significa que quepa identificar lo expresado por ellos con su interés ( ATC 1.056/1.987 ), pues en todo caso debe prevalecer el beneficio de los mismos en orden a su formación integral e integración familiar y social.

TERCERO.- Los motivos segundo y tercero se desestiman porque, aparte de lo anteriormente expuesto, en absoluto se perturba el ejercicio de la patria potestad con el establecimiento de breves periodos regulares de convivencia de los nietos con los abuelos, sin que exista base fáctica alguna en la Sentencia recurrida, ni se haya suscitado cuestión alguna al respecto en el recurso por el cauce casacional adecuado, de la que resulte alguna circunstancia en cuya virtud aquella relación o visitas pueda perjudicar o afectar negativamente a los menores.

CUARTO.- Por lo expuesto se declara haber lugar al recurso de casación, casando y anulando la Sentencia recurrida y revocando la del Juzgado de 1ª Instancia, debiendo acordarse lo procedente con arreglo a lo razonado en el fundamento segundo de esta resolución. No se hace especial imposición de las costas causadas en ambas instancias, y cada parte debe pagar las suyas en cuanto a las de la casación, debiendo devolverse el depósito a la parte recurrente. Todo ello de conformidad con los arts. 1.715.1.3º, 523, párrafo segundo, 710, párrafo segundo, 1.715.2 y 1.715.3 "a contrario sensu", todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

Que declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora Dña. Celina Casanova Machimbarena en representación procesal de Dña. Alicia contra la Sentencia dictada por la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 1.999 , -Rollo 1.689/97-, y ACORDAMOS:

PRIMERO.- Casar y anular la Sentencia recurrida y revocar la del Juzgado de 1ª Instancia nº 22 de Madrid de 28 de abril de 1.997 -recaída en autos de juicio de menor cuantía nº 685 de 1.996-.

SEGUNDO.- Estimar en parte la demanda interpuesta por Dn. Luis Andrés y Dña. Celestina contra Dña. Alicia en el sentido de que por el Juzgado de 1ª Instancia se establezca el régimen de visitas -relación personal- de los abuelos con los nietos Donato y Carlos prevaleciendo el principio de interés o beneficio de los menores, y teniendo en cuenta las líneas generales expresadas en la presente resolución, con previa audiencia de dichos menores, los abuelos, la madre y el Ministerio Fiscal. Y,

TERCERO.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en las instancias y cada parte deberá pagar las suyas en cuanto a las de la casación. Devuélvase el depósito de la recurrente.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvase a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA.- CLEMENTE AUGER LIÑAN.- ROMAN GARCIA VARELA.- JESUS CORBAL FERNANDEZ.- ANTONIO ROMERO LORENZO.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal



Fernández, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ