



Roj: **STS 4281/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4281**

Id Cendoj: **28079110012016100569**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2016**

Nº de Recurso: **3682/2015**

Nº de Resolución: **569/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2585/2015,**  
**STS 4281/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 28 de septiembre de 2016

Esta sala ha visto recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 9 de octubre de 2015, por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 210/2015, dimanante de los autos de divorcio contencioso n.º 212/2013 del Juzgado de primera instancia n.º 3 de Órdes. Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente la procuradora doña Inés Aranda Varela, designada por el turno de oficio para representar a doña Elisenda. Ha comparecido en calidad de parte recurrida, la procuradora doña Gema Fernández Blanco San Miguel, en nombre y representación de D. Ezequias. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña M.ª Dolores Martín Alaez, en nombre y representación de doña Elisenda, formuló demanda de divorcio contra don Ezequias y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que:

«Teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, se digne admitirlos, tenerme por comparecida y parte en la representación que ostento, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias y por formulada demanda de disolución del matrimonio por divorcio, de modo que seguido que sea el pertinente procedimiento, con citación del Ministerio Fiscal, se dicte en su día sentencia por la que se declare el divorcio de los esposos Dña. Elisenda y D. Ezequias, con expresa condena en costas al demandado si se opusiere, oficiándose al Registro Civil de Trazo para la anotación de su parte dispositiva en la inscripción del matrimonio, y se acuerden las siguientes medidas definitivas:

»1.- Atribución de la guarda y custodia de la hija menor a la madre, quedando la patria potestad compartida por ambos progenitores.

»2.- Fijación de un derecho de visitas del demandado conforme al que el progenitor demandado podrá tener en su compañía a la hija menor Modesta los sábados alternos, desde las diez horas hasta las veinte horas, así como la primera mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano (mes de julio) los años pares, y la segunda mitad los años impares (en verano, mes de agosto). Se excluye el derecho de pernocta, tanto en los fines de semana, como en los periodos vacacionales, hasta que la menor cumpla ocho años. El padre recogerá y entregará a la menor en el domicilio atribuido a la madre y a ésta.



»3.- Atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar, así como de la plaza de garaje y trastero sitios en Sigüeiro, Municipio de Oroso, RUA000 , n° NUM000 , URBANIZACIÓN000 , NUM001 - NUM002 , NUM003 a la demandante y a la hija, así como del ajuar doméstico en ella existente.

»4.- Establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la demandante de CIENTO VEINTE EUROS MENSUALES (120,00 €) y una pensión alimenticia de TRESCIENTOS EUROS (300,00 €), a favor de la hija menor Modesta , ambas a cargo del demandado D. Ezequias , pagaderas por meses anticipados, mediante ingreso en la cuenta que designe mi representada, y actualizables anualmente conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística, u organismo oficial que lo sustituya.

»5.- Ambos progenitores abonarán, al 50% cada uno de ellos los gastos extraordinarios correspondientes a la menor.

»6.- Ambos cónyuges abonarán, al 50% cada uno de ellos, la cuota mensual de pago del préstamo hipotecario concertado con NOVAGALICIA BANCO, y hasta su completo pago del préstamo hipotecario.

»7.- Atribución del uso y disfrute del vehículo ganancial OPEL ZAFIRA matrícula .... XNC a la esposa».

**2.-** El procurador don Vitorino Regueiro Muñoz, en nombre y representación de don Ezequias , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«Decretando el divorcio de Elisenda y Ezequias , oficiándose al Registro Civil de Trazo para la anotación de su parte dispositiva en la inscripción del matrimonio. Así como se acuerden las siguientes medidas definitivas:

»1.- Guardia y custodia. Atribución de la guarda y custodia de la hija menor a madre, quedando la patria potestad compartida por ambos progenitores.

»2 Uso vivienda familiar y ajuar. Atribución del uso exclusivo de la vivienda familiar, plaza de garaje y trastero, sitios en Sigüeiro, Municipio de Oroso, RUA000 , NUM000 , URBANIZACIÓN000 , NUM001 - NUM002 , NUM004 , a la demandante y a la menor, así como el ajuar familiar, sin perjuicio del resultado de la posterior liquidación de gananciales.

»3.-Vehículo. Se atribuye el uso y disfrute del vehículo ganancial OPEL ZAFIRA matrícula .... XNC a Elisenda , sin perjuicio de la posterior liquidación, de gananciales.

»4.- Pensión alimenticia. A favor de Modesta por importe de 200 €/mensuales, pagaderas por meses anticipados en la cuenta en la que hasta ahora se venía efectuando, actualizable anualmente según el IPC fijado por el INE u organismo quien lo sustituya.

»Ambos progenitores abonarán al 50% gastos extraordinarios de la menor, correspondientes a material escolar, vestido, calzado, dentista... previa justificación de su importe.

»5 Régimen de visitas.

»a) Los fines de semana alternos, desde los viernes a las 20:00hs. hasta los domingos a las 20:00hs.

»b) Los periodos de semana santa y carnaval serán disfrutados por mitades por cada uno de los progenitores. Semana santa, desde el Viernes a las 20:00hs y hasta el Miércoles a las 20:00hs y desde el mismo Miércoles a las 20:00 hasta el Lunes de Pascua a las 20:00hs. Carnavales igualmente por mitades alternando por años.

»c) El periodo de navidad irá desde el 22 de diciembre a las 20:00hs hasta el 31 de diciembre a las 12:00hs, y el segundo periodo se iniciará el 31 de diciembre a las 12:00hs hasta el día 6 de enero a las 17:00hs.

»d) Las vacaciones de verano se dividirán en cuatro periodos siguiendo el calendario escolar: Un primer período, que va desde el último día del curso en el mes al 1 de Julio. Un segundo y tercer periodo que lo conforman los meses julio y Agosto, que se disfrutarán por quincenas para cada progenitor. Y un cuarto periodo, que va desde el 01 de Septiembre al inicio del curso escolar.

»Aquél progenitor que disfrute el periodo de finalización del curso escolar, no disfrutará el de inicio, y viceversa.

»e) El reparto de los periodos se efectuará a elección de los progenitores, correspondiendo al padre la elección en años impares y a la madre en los pares.

»La menor siempre será recogida y entregada por su padre en el domicilio materno.

»f) Actualmente no se solicita pernocta semanal por imposibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral, a expensas de que en un futuro próximo pueda disfrutar de ese derecho.



»g) El progenitor se podrá comunicar con la menor telefónicamente cuando lo estime conveniente, en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de su vida ordinaria.

»6.- Préstamo Hipotecario. La cuota del préstamo hipotecario concertado con NOVAGALICIA BANCO, con el número NUM005 será abonada en su totalidad por Elisenda como poseedora de la vivienda habitual, sin perjuicio de la posterior liquidación de gananciales.».

**3.-** En el acto del juicio se practicaron las pruebas que se consideraron pertinentes con el resultado obrante en autos.

**4.-** El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Órdes dictó sentencia el 19 de febrero de 2015 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora Sra. Martín Aláez en nombre y representación de doña Elisenda debo declarar y declaro la disolución por causa de divorcio del matrimonio formado por Doña Elisenda y Don Ezequias , con todos los pronunciamientos inherentes a tal declaración, y acordando como medidas definitivas reguladoras de la nueva situación las siguientes: Se atribuye a Doña Elisenda la guarda y custodia de la menor Doña Modesta , permaneciendo la patria potestad sobre ella compartida entre ambos progenitores. Se establece a favor de Don Ezequias el derecho-deber de visitas especificado en el fundamento jurídico cuarto de la presente resolución. Don Ezequias abonará, en concepto de pensión alimenticia para su hija Modesta , la cantidad de trescientos euros mensuales (300 €), cantidad que será pagadera por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe la madre al efecto, siendo revisable esa cantidad, anualmente, con efectos a 1 de enero de cada año en función del IPC o equivalente. Igualmente deberá abonar la mitad de los gastos extraordinarios de la menor. Se atribuye el uso de la vivienda familiar, sita en la RUA000 , n.º NUM000 , URBANIZACIÓN000 , NUM001 - NUM002 , NUM004 de Sigüeiro, Oroso a Doña Modesta y a su madre Doña Elisenda . Se atribuye el uso del vehículo opel zafira con matrícula .... XNC a Doña Elisenda . Las cuotas relativas al pago de la hipoteca que grava la vivienda familiar deberán ser pagadas por mitad entre los litigantes propietarios mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales. No ha lugar a la pensión compensatoria solicitada por Doña Elisenda . No se hace expresa imposición de costas procesales.».

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

**1.-** Las representaciones procesales de doña Elisenda y de D. Ezequias , interpusieron recursos de apelación contra la anterior resolución correspondiendo su tramitación a la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de La Coruña, que dictó sentencia el 9 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«FALLAMOS: Por lo expuesto, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de A Coruña, resuelve: 1º.- Se desestima el recurso de apelación interpuesto en nombre de la demandante doña Elisenda ,contra la sentencia dictada el 19 de febrero de 2015 por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Ordes , en los autos del procedimiento de divorcio seguidos con el número 212-2013, y en el que es demandado don Ezequias , con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal. 2º.- Se estima parcialmente el recurso de apelación deducido en nombre del demandado don Ezequias contra la mencionada resolución. 3º.-Se revoca parcialmente la sentencia apelada, modificándose la medida segunda sobre régimen de visitas, y en lo sucesivo el horario de recogida de la hija común por parte de don Ezequias no será el establecido en el numeral tercero del fundamento jurídico cuarto al que remite el fallo, sino el previsto en el numeral 5, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo. 4º.- No se imponen las costas devengadas por los recursos.».

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

**1.-** El procurador don Ricardo Sanzo Ferreiro, en nombre y representación de doña Elisenda , interpuso recurso de casación contra la anterior resolución, con base en el siguiente motivo:

Motivo Único: Por infracción del artículo 94 del Código Civil . Se dirige la impugnación tanto a la desestimación del motivo del recurso interpuesto por esta parte, como a la estimación del motivo alegado de adverso relativo a la ampliación del horario de instancia, el padre, pasando éste de recoger a la niña, de los sábados por la mañana a los viernes por la tarde, luego que, en definitiva implica que la niña pase dos noches con el padre, en lugar de una.

**2.-** La Sala dictó auto el 9 de marzo de 2016 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

«1º) 1.- ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Dª. Elisenda contra la sentencia dictada, con fecha 9 de octubre de 2015, por la Audiencia Provincial de La Coruña (sección 3ª), en el rollo de apelación nº 210/2015 , dimanante de los autos de divorcio contencioso nº 212/2013 del Juzgado de primera instancia nº 3 de Órdes.



»2.- Y entréguese copia de los escritos de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de VEINTE DÍAS, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría, transcurridos los cuales y a los mismos fines, dese traslado al Ministerio Fiscal».

3.- Dado traslado a las partes, la procuradora doña Gema Fernández Blanco San Miguel, en nombre y representación de D. Ezequias , formuló oposición al recurso interpuesto de contrario.

4.- El Ministerio Fiscal en su informe, interesó la desestimación del recurso de casación interpuesto.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 20 de septiembre de 2016, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

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

1.- Doña Elisenda y don Ezequias contrajeron matrimonio el 18 de septiembre de 2004 y fruto de él tienen una hija común nacida el NUM006 , al día de hoy de NUM007 años de edad.

2.- El 29 de julio de 2013 doña Elisenda formuló demanda en procedimiento de divorcio en la que solicitaba, entre otras medidas, la guarda y custodia de la hija común, quedando la patria potestad compartida por ambos progenitores, sin perjuicio de un régimen de visitas a favor del padre en sábados alternos así como en períodos de Navidad, Semana Santa y verano, con la peculiaridad de que se llevase a cabo sin pernocta hasta que la menor tuviese ocho años.

3.- El demandado se opuso a que la menor no pernoctase con él e hizo puntualizaciones respecto a los fines de semana alternos, periodos de Semana Santa, Carnaval, Navidad y Verano, sin solicitar pernocta semanal por imposibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral, a expensas de que en un futuro próximo pueda disfrutar de ese derecho.

4.- Estando tramitándose el anterior procedimiento de divorcio, se interpuso por la demandante denuncia contra el demandado por presuntos abusos sexuales del padre hacia la hija, instruyendo las oportunas diligencias penales el juzgado de instrucción número uno de Órdes.

5.- Por auto de 27 de febrero de 2014, dictado por el Juzgado que conocía del procedimiento de divorcio, se acordó suspender las visitas del padre a la hija hasta que recayese otra resolución expresa sobre el particular, que determinase otra cosa.

6.- Por auto de 20 enero de 2015 se acordó por el Juzgado de Instrucción el sobreseimiento provisional de la causa penal.

7.- Obra en la causa informe pericial psicológico de la menor Modesta , emitido por psicólogas del equipo psicosocial de Imelga (Instituto de Medicina Legal de Galicia) y dirigido al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número dos de Órdes (A Coruña), y un informe pericial psicosocial de la menor Modesta , emitido por psicóloga y trabajadora social del equipo psicosocial de Imelga, dirigido al juzgado de Primera Instancia e instrucción número 2 de Órdes (A Coruña), conecedor del procedimiento de divorcio.

8.- Este juzgado dictó sentencia el 19 de febrero de 2015 , fijando el siguiente régimen de visitas:

«1. Durante cuatro semanas consecutivas en el Punto de Encuentro de Santiago de Compostela, y por directa aplicación del Decreto 96/2014, de 3 de julio, por el que se regulan los puntos de encuentro familiar en Galicia, el Sr. Ezequias tendrá derecho-deber de visitas el sábado de la primera semana, el domingo de la segunda, el sábado de la tercera y el domingo de la cuarta, de la fecha que sea fijada por el órgano derivante competente - Dirección Xeral de Familia e Inserción- por estricto orden cronológico, sin que pueda esta resolución determinar unilateralmente las fechas en las que habrán de desarrollarse las visitas (art. 11).

»De entre las modalidades de visitas a desarrollar, atendiendo al espíritu del informe psicosocial, prescindiendo de la nomenclatura en el mismo empleada, se desarrollarán en régimen de "visitas supervisadas" (art. 10.2 b) por el plazo máximo permitido de dos horas.

»En las dos últimas visitas, en el mismo régimen indicado, participarán los abuelos paternos de la menor, Don Narciso y Doña Marcelina »2. Finalizadas estas cuatro visitas, siempre que no haya informe negativo, de incidencias o incumplimientos remitido de oficio por el 'punto de encuentro (art. 20 párrafo 2), el régimen de visitas será el que se dirá, empezando el fin de semana inmediatamente siguiente al en que haya tenido lugar



la última de las visitas en el punto de encuentro: fines de semana alternos, los sábados desde las 11:00 horas hasta las 20:00 horas, sin pernocta. Y los domingos (de ese mismo fin de semana), desde las 11:00 horas hasta las 20:00 horas, sin pernocta, debiendo el padre, en todos los casos, recoger y reintegrar a la menor al domicilio materno. Este régimen, que se adopta como fase de adaptación adicional de la menor a su padre y al ámbito familiar y domicilio de éste, se aplicará durante los cinco primeros fines de semana que correspondan al padre.

»3. Finalizada esa fase de adaptación, y siempre que se haya acreditado al Juzgado que la menor dispone de una cama propia para ella sola, el Sr. Ezequias tendrá derecho-deber de visitas, salvo acuerdo de los progenitores en otro sentido, los fines de semana alternos -continuando el régimen de alternancia ya iniciado- desde el sábado a las 11:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas debiendo recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno.

»4. Una vez transcurridos los plazos indicados en los apartados 1 y 2 del presente fundamento jurídico-y por tanto sin que sea de aplicación en este año 2015 las previsiones del periodo de Semana Santa- el Sr. Ezequias tendrá derecho-deber de visitas.

»4.1 Durante 15 días en el mes de julio, que se repartirán en dos períodos, uno de siete y otro de ocho días que no podrán ser consecutivos; y 16 días en el mes de agosto, que se dividirán en dos períodos de ocho días que no podrán ser consecutivos, de manera que ninguno de los progenitores disfrute de dos períodos seguidos, sino que se alternarán (7/8 días la madre o el padre; 7/8 días el otro progenitor; 7/8 días el primero; 7/8 días el otro progenitor). A la madre corresponderán 16 días en el mes de julio y 15 días en el mes de agosto, por períodos alternos de 7/8 días, como hemos indicado. Salvo acuerdo de los progenitores, en los años pares escogerá la madre el primer período y en los impares el padre, siendo alternos los demás períodos. Las entregas y recogidas serán, respectivamente, a las 11:00 horas y a las 21:00 horas, en el domicilio de la madre.

»4.2 La mitad del período de Navidad, que se divide en dos períodos: desde el inicio de las vacaciones hasta el 30 de diciembre, y desde el 31 de diciembre hasta el comienzo del período escolar, correspondiendo elegir, en caso de desacuerdo, al padre en los años pares, y a la madre en los años impares. Las entregas y recogidas serán, respectivamente, a las 11:00 horas y a las 20:00 horas, en el domicilio de la madre.

»4.3 La mitad del período de Semana Santa, que se divide en dos mitades: desde Domingo de Ramos hasta Miércoles Santo (incluidos ambos), y desde Jueves Santo hasta Domingo de Resurrección (incluidos ambos). Salvo acuerdo de los padres, los años pares elegirá el padre el período que prefiere, correspondiéndole a la madre el restante. Los años impares elegirá la madre, correspondiéndole al padre el restante. Las entregas y recogidas se harán a las 11:00 y a las 20:00 horas, respectivamente, salvo acuerdo de los progenitores para fijar otro horario, y tendrán lugar en el domicilio de la madre.

»5. Transcurrido un año desde la fecha de la presente resolución, el Sr. Ezequias tendrá derecho-deber de visitas, salvo acuerdo de los progenitores en otro sentido, los fines de semana alternos -siguiendo la alternancia iniciada-, desde las 20:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, debiendo recoger y reintegrar a la menor en el domicilio materno.»

**9.-** Para fijar ese régimen la sentencia tiene en cuenta: (i) el interés superior del menor; (ii) la pericial psicosocial, y (iii) la declaración del demandado por la que se aprecia que éste tenía previsto que la niña durmiese con él, aunque luego admitiese la posibilidad de habilitar otra habitación.

Todo ello justifica las cautelas que se fijan para el régimen de visitas.

**10.-** Contra la anterior sentencia interpusieron recursos de apelación ambas partes, tanto doña Elisenda como don Ezequias, correspondiendo su conocimiento a la Sección nº 3 de la Audiencia Provincial de A Coruña, que dictó sentencia el 9 de octubre de 2015 en la que, con informe favorable del Ministerio Fiscal, desestimó el interpuesto por doña Elisenda y estimó parcialmente el interpuesto por don Ezequias, en el sentido de que el horario de recogida por éste de la hija común no sería el establecido en el numeral tercero del fundamento jurídico cuarto de la sentencia de primera instancia, sino el previsto en el numeral 5, desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo.

**11.-** El Tribunal de apelación parte en su motivación del interés superior del menor, con cita de normativa nacional, internacional y jurisprudencia de esta Sala.

En concreto, y para mayor claridad, en los siguientes términos:

«1º.- Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho de visitas del progenitor no custodio se trata de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos. La comunicación y visitas del hijo menor de edad se configura por el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves



circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial» [ Sentencia del Tribunal Constitucional 176/2008 ].

»Los acuerdos y convenios internacionales sobre protección de menores contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa. Como recuerda la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2014 (Roj: STS 4437/2014, recurso 1935/2013 ), así se configura en el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 y publicada la ratificación en el Boletín Oficial del Estado del siguiente 31 de diciembre): «Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño». Y en el artículo 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992: «En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padreS ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño». O en el artículo 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: «Todo niño tiene derecho a mantener de fo rma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses». El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor. En este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de noviembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto.

»Las decisiones que hay que tomar acerca de la guarda y custodia han de tener como función prioritaria la protección del interés del menor. Esta regla está contemplada en el artículo 94 del Código Civil cuando, después de admitir el derecho de visita de los progenitores que no tengan consigo al hijo, añade que el juez lo «[... 1 podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen [...]». Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 (RJ Aranzadi 5905), el artículo 160 del Código Civil establece el derecho del padre o de la madre a relacionarse con sus hijos; incluso aunque no ejerzan la patria potestad. Resulta precepto imperativo al declarar que no podrán impedirse las relaciones personales sin justa causa y, al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias. Y no es factor excluyente la falta de comunicación en el pasado, pues, al contrario, actuaría más bien con efectos recuperadores para restaurar una relación rota, propiciada por el contacto personal del padre con su hijo, y que resulta del todo oportuna atendiendo la edad de éste.

»Uno de los supuestos admitidos para la suspensión de las visitas del padre se produce cuando existen episodios de violencia entre los progenitores o bien contra el propio hijo por parte de quien pretende el derecho de visita. Así el artículo 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género , preceptúa que «El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera» y el artículo 66 admite que «El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes». Acuerdo que es especialmente aplicable a los de carácter violento [ Ts. 11 de febrero de 2011 (Roj: STS 505/2011, recurso 500/2 008)] (La referencia Roj es la numeración en la base de datos del Centro de Documentación Judicial, que puede ser consultada en la página web del Consejo General del Poder Judicial).»

**12.-** Con tales antecedentes razona, para desestimar el recurso de doña Elisenda que:

«(i) Don Ezequias en ningún momento afirmó que la niña fuese a dormir con él en la misma cama. Es cierto que dijo que dormiría en su habitación, y al preguntarle cuántas camas habría indicó que también estaba otra habitación inicialmente destinada a su hermana, pero que esta solamente iba los sábados y no dormía allí salvo una siesta.»

»(ii) Tanto los testimonios traídos de las diligencias penales como los informes psicosociales de los equipos del Instituto de Medicina Legal de Galicia no aprecian que sean ciertos los hechos que se denunciaron, descartando inicialmente que la menor corra algún riesgo, ni esta muestra rechazo al padre, tal y como se constató posteriormente en el punto de encuentro al reanudarse las visitas. En esta situación no existe razón alguna en este momento para limitar el derecho de visitas prohibiendo que la niña duerma en casa de sus abuelos paternos durante los fines de semana, donde además hay otros adultos. »



**13.-** Respecto al recurso formulado por don Ezequias , rechaza, por haber devenido ya inútil por el paso del tiempo, la pernocta durante una segunda etapa en relación con fines de semana e incluso vacaciones estivales.

Sin embargo, y en relación con el día de recogida entiende que se habrá de estar a lo previsto en el apartado 5 del régimen progresivo que fijó la sentencia de primera instancia, pues si bien se puede comprender la prevención inicial en cuanto al número de pernoctas, dado el tiempo transcurrido, y especialmente los periodos de estancias durante el verano, sin circunstancia desfavorable alguna, debe adelantarse la entrada en vigor de lo previsto en el apartado 5.

**14.-** La representación procesal de doña Elisenda interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, de acuerdo con el artículo 477.2, número 3, LEC , por presentar interés casacional, al resolver cuestión sobre la que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Articula un motivo único por infracción, en concepto de aplicación indebida, del artículo 94 CC , solicitando que se dicte sentencia en los siguientes términos:

«1.- fijando un régimen de visitas en favor del padre, tal y como se solicitaba por esta parte, es decir, fijando el régimen de visitas del padre con la menor, establecido en Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia de Primera Instancia, ampliando el periodo de adaptación fijado en los puntos 1 y 2, desde las nueve semanas reseñadas en la sentencia, hasta que la menor cumpla los siete años de edad, o en su caso, con carácter subsidiario, durante un año, repartiéndose dicho periodo en los dos subperiodos de visitas a través del punto de encuentro, y estancia con el padre sin pernocta; y condicionado, todo ello, condicionado a los informes favorables del punto de encuentro;

»2.- Manteniendo - en todo caso, una vez transcurrido el período de adaptación y previa acreditación por éste del cumplimiento de los requisitos exigidos en la sentencia de primera instancia - que la relación del padre con la hija sea el fijado en la sentencia de primera instancia, sin que sea extensible a la ampliación señalada en la sentencia de apelación.»

**15.-** En el desarrollo del motivo considera la recurrente, tal y como informó el Ministerio Fiscal, la concesión de la pernocta debía estar condicionada a los informes que emita el punto de encuentro, debiendo tratarse de una adaptación paulatina a fin de garantizar la seguridad de la menor siendo necesario que la misma tenga una cama para sí misma y no deba compartirla con el padre. Citan en amparo a su derecho la sentencia del Tribunal Supremo de 25 abril 2011 que determina que la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público, siendo esto reiterado por la sentencia de 11 febrero 2011 , de forma que el derecho de visitas regulado en el artículo 94 del Código Civil , no es un mero derecho, sino un complejo derecho -deber, cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad el satisfacer los deseos o derechos de los progenitores sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado. Se alega la existencia de jurisprudencia contradictoria de audiencias provinciales, en las que se señala un derecho de visitas sin pernocta en los casos en que existe una denuncia previa respecto del padre pero no ha habido una sentencia condenatoria, citándose la sentencia de la audiencia Provincial de Navarra, Sección Segunda, 5 julio 2007, de Cáceres, sección primera , 19 septiembre 2015 y de Guadalajara, de 9 de junio 2015 .

**16.-** La Sala dictó auto el 9 de marzo de 2016 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, se opuso a él la parte recurrida.

**17.-** El Ministerio Fiscal, tras extensa cita normativa y jurisprudencial sobre el interés del menor y el régimen de visitas, informó que la sentencia recurrida valora, partiendo de los hechos probados, el interés del menor de forma razonable, al no quedar acreditado que exista causa relevante que afecte a tal interés como para limitar el régimen de visitas. Por tanto la sentencia recurrida se ajusta a la doctrina jurisprudencial de la Sala, contenida en las sentencias que cita, por las que se ordena el interés del menor como norma general frente a otros bienes en conflicto.

### **Recurso de Casación**

**SEGUNDO.-** *Decisión de la Sala.*

1.- El artículo 94 CC , que ha de ponerse en relación con el 160 del mismo Texto legal, contempla y regula el régimen de visitas y comunicación de los hijos con los progenitores, e incluso con los abuelos, en situaciones de crisis matrimonial. Al decidir sobre dicho régimen, incluida su limitación o suspensión, los tribunales se encuentran subordinados al interés y beneficio del menor y, de ahí, que se decrete la separación de éste de sus padres cuando tal decisión sea necesaria en interés superior del niño ( STS de 12 de febrero de 1992 ) o en supuestos concretos por presentarse un peligro real para la salud física, psíquica o moral del menor ( SSTS 30 de abril de 1991 , 19 de octubre de 1992 , 22 de mayo y 21 de julio de 1993 ).

Esta es una doctrina constante de la Sala, ya recordada por la sentencia de 21 de noviembre de 2005, Rc. 5030/2008 . La sentencia 258/2011, de 25 de abril afirma que «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden publico. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses». Tal criterio se ha visto confirmado y reforzado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

En la sentencia 90/2015, de 20 de febrero , aunque el objeto del recurso fuese la relación entre nietos y abuelos, se recordaba la citada doctrina, afirmando que:

«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, incluídos [...] 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, a saber:

»i) Aragón. Código de Derecho foral de Aragón.

»Artículo 60. Relación personal del hijo menor:

»1. El hijo tiene derecho a relacionarse con ambos padres, aunque vivan separados, así como con sus abuelos y otros parientes allegados, salvo si, excepcionalmente, el interés del menor lo desaconseja».

Art. 75. Objeto y finalidad:

»2. La finalidad de esta Sección es promover, en los casos de ruptura de la convivencia de los padres, unas relaciones continuadas de éstos con sus hijos, mediante una participación responsable, compartida e igualitaria de ambos en su crianza y educación en el ejercicio de su autoridad familiar. Asimismo, pretende que los hijos mantengan la relación con sus hermanos, abuelos y otros parientes y personas allegadas».

»ii) Cataluña. Libro II del Código Civil.

Art. 236-4:

»2. Los hijos tienen derecho a relacionarse con los abuelos, hermanos y demás personas próximas, y todos éstos tienen también el derecho de relacionarse con los hijos. Los progenitores deben facilitar estas relaciones y sólo pueden impedir las si existe una justa causa».

»- Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia, de Cataluña.

Art. 38. Derechos de relación y convivencia:

»1. Los niños y los Adolescentes tienen derecho a vivir con sus progenitores salvo en los casos en los que la separación es necesaria. Tienen también derecho a convivir y a relacionarse con otros parientes próximos, especialmente con los abuelos".

iii) Navarra.

»- Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia (SP/LEG/3051)

Art. 44. convivencia y derecho a la relación entre padres, madres e hijos:

»Los menores tienen derecho a vivir con sus padres y madres, salvo en aquellos casos en los que la separación resulte necesaria, en conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente. Así mismo, tienen derecho a convivir y relacionarse con otros parientes y allegados, en la forma establecida en el artículo 160 del Código Civil , y en particular, con los abuelos».

»iv) Comunidad Valenciana.

»Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia (SP/LEG/3590)

Art. 22. Derecho a las relaciones familiares:»

«(...) Así mismo, el menor tendrá derecho a mantener relación con sus hermanos, abuelos y demás parientes próximos o allegados (...)»





2.- Consecuencia de lo expuesto es que esta materia se rija por 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 debe tener siempre como guía fundamental el interés superior del menor. Por tanto, que exista diversidad de pronunciamientos en Audiencias Provinciales, no coincidentes, no constituye el interés casacional de la sentencia recurrida sino el enjuiciar si la misma contradice la doctrina de la Sala sobre el criterio a seguir para la toma de decisiones sobre la materia.

3.- A la vista de las actuaciones y concretamente de la resolución recurrida en casación resulta, como detalladamente recogemos en el resumen de antecedentes de nuestra sentencia, que el interés del menor preside la resolución y decisión adoptada en la recurrida, en el sentido de permitir la pernocta del padre con la hija por dar como probado que la niña podría dormir en otra habitación distinta a la del padre y, además, por descartar que la menor corra algún riesgo, si se atiende a los informes psicosociales de los equipos del Instituto de medicina legal de Galicia. Añade que así se constató posteriormente en el punto de encuentro al reanudarse las visitas. Termina, como refuerzo del interés que trata de proteger, que la menor dormiría en casa de sus abuelos paternos durante los fines de semana, domicilio en el que hay otros adultos.

4.- Con tales antecedentes procede aplicar lo declarado por la STS de 16 de julio de 2015 cuando afirma que:

«Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre ( SSTS 579/2011, de 22 julio ; 578/2011, de 21 julio y 641/2011, de 27 septiembre , 167/2015, de 18 de marzo de 2015 , entre otras). El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos. En el caso actual no es posible revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida porque los criterios utilizados no son contrarios al interés del niño. Será, o habrá sido, en ejecución de la sentencia, a la que se remite el Juzgado, donde se habrá evaluado la evolución del padre y su capacidad para hacerse cargo en el momento actual del menor en la forma que en la misma se establece. El interés del menor se halla protegido en el momento en que se comprueba que el padre se encuentra en una situación que permite el ejercicio de los deberes inherentes a la guarda y custodia.»

Consecuencia de lo expuesto es la desestimación del recurso de casación, pues este tiene como función verificar la correcta aplicación de la norma jurídica y de la jurisprudencia al supuesto de hecho, tal y como quedó configurado en la sentencia dictada en segunda instancia. Y en efecto, requiere una infracción de norma de naturaleza sustantiva, y por tanto debe fundarse en una errónea aplicación de la ley o de la jurisprudencia, en atención a los hechos que quedaron probados en la sentencia recurrida.

Ninguna de tales infracciones se aprecian.

**TERCERO.-** Conforme prevén los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede imponer las costas a la parte recurrente.

## FALLO

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

1º.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por doña Elisenda , contra la sentencia dictada en fecha 9 de octubre de 2015, por la Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 210/2015 , dimanante de los autos de divorcio contencioso n.º 212/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Órdes. 2º.- Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza. 3º.- Imponer al recurrente las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz