Roj: **STSJ AR 42/2020** - **ECLI:ES:TSJAR:2020:42**

Id Cendoj: **50297319922020100002**
Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**
Sede: **Zaragoza**
Sección: **992**
Fecha: **30/01/2020**
Nº de Recurso: **48/2019**
Nº de Resolución: **5/2020**
Procedimiento: **Recurso de casación autonómico**
Ponente: **FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Zaragoza, Sección 2ª, 30-05-2019 (rec. 51/2019), STSJ AR 42/2020**

FONDO DOCUMENTAL

S E N T E N C I A Nº 000005/2020

EXCMO. SR. PRESIDENTE:

D. MANUEL BELLIDO ASPAS

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. FERNANDO ZUBIRI DE SALINAS

D. JAVIER SEOANE PRADO

D. CARMEN SAMANES ARA

D. IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA

En Zaragoza, a treinta de enero de dos mil veinte.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 48/2019 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 30 de mayo de 2019, recaída en el rollo de apelación número 51/2019, dimanante de autos de Juicio Verbal (régimen de visitas) nº 686/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dieciséis de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D. Camilo y Dª Benita , representados por la Procuradora de los Tribunales Dª Laura Menor Pastor y dirigidos por la Letrada Dª. Natalia Defoix Montanel, en el que es parte recurrida D. Mateo y Dª Celestina , representados por la Procuradora de los Tribunales Dª. Cristina Fuster Benedí y asistidos por el Letrado D. Juan M. Piazuelo Martínez, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales Dª. Cristina Fuster Benedí, en nombre y representación de D. Mateo y de Dª Celestina , presentó ante el Juzgado de Primera Instancia nº Dieciséis de Zaragoza, demanda de Juicio Verbal solicitando se fije un régimen de visitas en relación los menores Paulino , Plácido y Prudencio contra Dª. Benita y D. Camilo . En la demanda expresó los hechos y fundamentos de derecho en apoyo de sus pretensiones y terminó suplicando

<<Que teniendo por presentado este escrito, con los documentos y copias que lo acompañan, se sirva admitirlo, y en su virtud, tenga por formulada DEMANDA DE MEDIDAS PROVISIONALES derivadas de la

admisión a trámite de la demanda principal en nombre de DON Rosendo Y DOÑA Celestina contra DOÑA Benita Y DON Camilo ; y en su día, previa citación de las partes para la celebración de la comparecencia, con intervención del Ministerio Fiscal, y demás trámites legales oportunos, incluido el recibimiento del pleito a prueba que desde ahora intereso, dicte Auto por el que se acuerden las siguientes Medidas Provisionales que determinen un régimen de visitas, estancias, vacaciones y comunicaciones entre mis mandantes con sus nietos Paulino , Plácido y Prudencio :

- Visitas entre semana: Los abuelos paternos recogerán a sus nietos Paulino y Prudencio a las Salida del colegio, ó 16,30 horas, los miércoles de cada semana, pudiendo estar con ellos por espacio de dos horas, entregándolos en el domicilio de los padres, pudiendo en ese momento visitar al menor Prudencio (de 4 meses de edad). Cuando Prudencio cumpla un año y medio, los abuelos paternos podrán estar con el mismo durante el mismo tiempo y día que con Paulino y Plácido .

- Estancias de fin de semana: Los abuelos paternos podrán estar con sus dos nietos Paulino y Plácido (e igualmente con Prudencio cuando cumpla un año y medio), los sábados alternos ininterrumpidamente desde las 11 horas en que los recogerán del domicilio de los padres, hasta el domingo a las 11 horas en que los entregarán en el mismo domicilio.

- Comunicaciones telefónicas: Los abuelos paternos podrán comunicarse telefónicamente con sus nietos dos días a la semana, lunes y viernes, en horario de 19,30 a 20,30, comprometiéndose los progenitores al cumplimiento de este derecho, tanto en su ejercicio como en la facilitación del mismo.

- Cumpleaños: Los días del cumpleaños de cada uno de los nietos, los abuelos podrán pasar con los mismos una hora, de 18 a 20 horas, pudiendo llevarlos a su domicilio.

- Vacaciones escolares: Durante las vacaciones, se establecen los siguientes períodos vacacionales con los abuelos paternos:

* El Pilar: Podrán pasar dos horas con sus nietos la tarde del día del Pilar, de 18 a 20 horas, ya que los menores se visten de baturros.

* Navidad: El día de Navidad y el día de Reyes, podrán estar en compañía de sus nietos durante dos horas por la tarde de cada uno de dichos días, de 18 a 20 horas para hacerles entrega de los regalos, pudiendo llevarlos a su domicilio; así como dos días seguidos en vacaciones de Navidad, a determinar por los padres, recogiéndolos a las 10 de la mañana con pernocta y hasta las 20 horas del día siguiente, en que los devolverán al domicilio de los padres.

* Vacaciones escolares de verano: Los abuelos podrán estar en compañía de sus nietos durante una semana en el mes de agosto, semana que será propuesta por los padres, debiendo ser comunicado el período a los abuelos con al menos dos meses de antelación.

- Se condene en costas a los demandados si se oponen a esta legítima pretensión.>>

Por otrosí esta parte solicita prueba con carácter anticipado.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 1 de octubre de 2018, se admite a trámite la demanda de Juicio Verbal, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma.

La Procuradora de los Tribunales Dª Pilar Baigorri Cornago, en nombre y representación de Dª. Benita y de D. Camilo , contestó en tiempo y forma a la demanda de juicio verbal de fijación de visitas a favor de los abuelos paternos instada por D. Mateo y por Dª. Celestina , oponiéndose a la misma para que, tras los trámites legales pertinentes, se dictase sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas a la parte demandante.

TERCERO.- Se convoca a las partes a la celebración de la preceptiva vista, la misma tuvo lugar con la presencia de todas las partes, quienes formularon las alegaciones, pruebas y conclusiones que tuvieron oportunas.

CUARTO.- El Juzgado de Primera Instancia nº Dieciséis de Zaragoza, en fecha 12 de noviembre de 2018, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

<<FALLO:

Que debo estimar en parte la demanda interpuesta por D Rosendo y Dª Celestina contra Dª Benita y don Camilo en solicitud de régimen de visitas con sus nietos Paulino , Plácido y Prudencio y disponer el siguiente sistema;

Se dispone una visita intersemanal los miércoles desde la salida del colegio de los dos nietos mayores Paulino y Plácido , siendo recogidos por los abuelos por espacio de dos horas, tras las cuales los reintegrarán al domicilio de los progenitores.

Si no fuese día escolar pero no lectivo (y no incluido en periodo vacacional) estas visitas tendrán lugar entre las 16,30 horas y las 18,30 horas de la tarde.

Si fuese un día festivo intersemanal aislado, o formase parte de un puente en una concreta semana se sustituirá por otro día, bien el martes en primer lugar, o el jueves como segunda opción o por otro día en el último caso.

Si por la razón que fuese alguno de los dos nietos mayores se encontrarse enfermo, tuviesen que asistir al médico o a alguna celebración de cumpleaños o a algún otro evento propio de su edad, o en algún momento efectúen una actividad extraescolar ese día, igualmente este día se sustituirá por los antes citados.

Los demandados deberán comunicar con antelación suficiente, de por lo menos 4 días, salvo razones de urgencia o imprevisto siempre justificadas, el cambio y las razones del mismo y el día en que se hará la visita.

De igual modo se dispone una visita para los dos nietos mayores de un sábado o domingo al mes, a elección de los progenitores, que comunicarán a los abuelos el mes anterior, y tendrá lugar entre las 11 horas de la mañana y las 18 horas de la tarde.

En estas visitas estará presente el nieto pequeño Prudencio , bien al principio, bien al final de la misma por espacio de una hora y media.

Una vez que este último cumpla un año y medio se incorporará igualmente a las visitas intersemanales.

El día del Pilar, el día de Navidad, y el día de Reyes podrán los actores estar en compañía de los tres nietos desde las 17,30 horas hasta las 20,30 horas de la tarde.

Durante todo el período de vacaciones escolares de Navidad, además de las visitas establecidas, podrán los abuelos tener en compañía a los nietos mayores, dos días, a elección de los progenitores, y que les comunicarán con un mes de antelación, transcurrido el cual sin haberlo hecho, perderán su derecho de elección, siendo desde las 11 horas de la mañana del primer día, hasta las 17 horas del día siguiente, incluyendo por tanto una pernocta con entregas y recogidas en el domicilio de los progenitores.

En las vacaciones de verano entre los meses de julio y agosto, estarán igualmente los dos nietos mayores, y el más pequeño desde que cumpla dos años en compañía de los abuelos durante una semana desde el lunes a las 10 horas de la mañana hasta el domingo a las 20 horas de la tarde, correspondiendo la elección a los progenitores que en este caso deberán comunicar con dos meses de antelación, transcurridos los cuales sin así haberlo hecho, perderán igualmente el derecho de elección.

Siempre que los menores se encuentran en compañía de los abuelos deberán estos comunicar a los padres el lugar, localidad o población en que se encuentren y facilitar el contacto telefónico de los progenitores con los niños dos veces al día una por la mañana y otra por la tarde y cualquier incidencia que exceda de lo ordinario se deberá informar a aquellos.

De igual modo durante la semana con excepción de los miércoles o el día que corresponda con visita intersemanal, podrán los abuelos contactar telefónicamente con los nietos mayores, y con el pequeño cuando el mismo tenga capacidad para comunicarse al menos dos días a la semana en horario de 18'30 a 19'30 horas.

En los períodos vacacionales de verano de los progenitores con sus hijos quedarán interrumpidas las visitas intersemanales, lo que incluye las vacaciones de Navidad por haberse establecido un régimen especial para el mismo, y las vacaciones de semana Santa.

No procede hacer imposición de costas.>>

QUINTO.- La Procuradora de los Tribunales Sra. Baigorri Cornago, en nombre y representación de Dª Benita y de D. Camilo , interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia de 12-11-2018, del que se dio traslado a la parte contraria, presentando la Procuradora Sra. Fuster Benedí escrito de oposición al recurso de apelación interpuesto de contrario contra la sentencia dictada en fecha 12-11-18 y al mismo tiempo tenga por impugnada por esta representación la indicada sentencia en el sentido indicado en el presente escrito de ampliar el régimen de visitas y estancias de los abuelos paternos con los nietos; dé traslado de la IMPUGNACIÓN a la parte contraria por si estimara oponerse a la misma; y tras los trámites legales pertinentes, acuerde elevar los autos a la Sala de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Zaragoza, a la que solicito que en su día dicte sentencia por la que se acuerde :

1º.- La desestimación íntegra del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Sra. Benita y del Sr. Camilo confirmándose la sentencia de fecha 12.11.18 en todos sus extremos.

2º.- Estime íntegramente el escrito de impugnación de la sentencia-recurso de apelación, interpuesto en nombre de mis representados Sr. Mateo y Sra. Celestina , acordando ampliar el régimen de visitas y estancias

de los abuelos paternos con los nietos Paulino , Plácido y Prudencio fijado en la indicada sentencia de fecha 12.11.2018 en los siguientes períodos:

-Que los abuelos paternos pueden estar en compañía de sus nietos Paulino , Plácido y Prudencio el día del cumpleaños de cada uno de ellos por espacio de dos horas, en horario a determinar por la Sala, pudiendo llevarlos a su domicilio.

- Que las estancias de fin de semana en que los abuelos paternos puedan estar con sus nietos Paulino y Plácido (e igualmente con Prudencio cuando cumpla un año y medio) sean de un sábado al mes desde las 11 horas del sábado en que los recogerán del domicilio de los padres, hasta las 11 horas del domingo en que los reintegrarán a su domicilio, con pernocta con los abuelos. Determinándose el sábado del mes por los padres con suficiente antelación.>>

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, comparecidas las partes y previos los trámites legales, con fecha 30 de mayo de 2019, recayó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

<<FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DON Rosendo Y DOÑA Celestina y estimando parcialmente el deducido por Benita Y DON Rosendo frente a la Sentencia de fecha 12-11-2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 16 de Zaragoza en los Autos de Juicio Verbal (régimen de visitas) nº 686/18, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución modificándola únicamente en los siguientes apartados:

-La incorporación de Prudencio a las visitas intersemanales y fines de semana se producirán una vez cumplido el año y medio.

-La visita intersemanal (miércoles) tendrá carácter alterno.

-Se deja sin efecto la visita en los días del Pilar y Reyes.

-El día de Navidad el horario de visita será de 11 a 13 horas.

No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por Don Mateo y Doña Celestina al que se le dará el destino legal procedente, y devuélvase el depósito constituido por Doña Benita y Don Camilo .>>

SEXTO.- La Procuradora Sra. Menor Pastor, en nombre y representación de D. Camilo y de Dª. Benita , interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal, en base a los siguientes motivos:

<<Del recurso extraordinario por infracción procesal:

I.- Se interpone RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL AL AMPARO DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 469.1.2º LEC, POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES REGULADORAS DE LA SENTENCIA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 218.2 LEC en concreta aplicación del principio sentado en el art. 24 de la Constitución Española por falta de motivación de la sentencia impugnada respecto a la necesidad de adopción de medidas (establecimiento de un régimen de visitas) para garantizar la relación o trato personal entre abuelos paternos y nietos, por falta de motivación en la determinación en interés de los menores del alcance y extensión de las visitas o estancias en las vacaciones de verano con inclusión de pernoctas en dicho periodo, por falta de motivación en la incorporación del pequeño de los nietos Prudencio a partir de que cumpla dos años a este régimen de estancias de una semana en verano y por falta de motivación en la facultad concedida a los abuelos paternos para salir y desplazarse con los menores fuera de la ciudad de Zaragoza donde los menores tienen su residencia habitual durante el periodo de visitas y estancias (que se concretará en la práctica en la semana de vacaciones de verano).

Del recurso de casación:

PRIMER MOTIVO DE CASACION.- Con amparo en el artículo 477. 1. de la LEC por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En concreto por infracción del art. 60.-1., 2. y 3. del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) respecto al establecimiento de un régimen de visitas y estancias para los abuelos.

SEGUNDO MOTIVO DE CASACION.- Que se formula con carácter subsidiario para el caso de desestimarse el primer motivo de casación. Con amparo en el artículo 477. 1. de la LEC por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En concreto por infracción del art. 60.-1. y 3. del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) respecto al alcance y la extensión del derecho de visitas de los abuelos con sus nietos que comprende una semana en verano (julio o agosto) con pernoctas.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

TERCER MOTIVO DE CASACION.- Que se formula con carácter subsidiario para el caso de desestimarse el primer motivo de casación.- Por infracción del art. 60.-1. y 3. del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) respecto a la incorporación a este régimen de estancias de una semana en verano con pernocta del nieto pequeño Prudencio desde que cumpla dos años.

CUARTO MOTIVO DE CASACION.- Que se formula con carácter subsidiario para el caso de desestimarse el primer motivo de casación.- Por infracción del art. 60.-1. y 3. del Código de Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) respecto a la facultad otorgada a los abuelos de poder desplazarse con sus nietos fuera de la ciudad de Zaragoza (residencia habitual de los menores), sin necesidad de consentimiento de los progenitores y con la única obligación de facilitar el contacto telefónico de los menores con sus padres dos veces al día.>>

Una vez se tuvo por interpuesto, se acordó el emplazamiento de las partes para ante esta Sala.

SÉPTIMO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 21 de octubre de 2019, la Sala acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso de casación e infracción planteado.

Conferido el traslado a la parte recurrida presentó escrito de oposición dentro de plazo, solicitando "la desestimación del recurso de casación impuesto e imponga las costas al recurrente."

Por providencia de fecha 4 de diciembre de 2019, señaló para votación y fallo el día 15 de enero de 2020, no dando lugar a la prueba documental interesada por la parte recurrida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación trae causa de una demanda de atribución de un régimen de visitas a los abuelos paternos en relación a sus nietos. Los padres de los menores se opusieron a la demanda.

La sentencia del juzgado ha estimado la demanda, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 160 del Código civil y 60.1 del Código de derecho Foral de Aragón (CDFA), por considerar que en interés de los menores es altamente beneficioso para ellos fomentar el contacto familiar con sus respectivos entornos, de padre y madre. Fija un régimen de visitas de los demandantes con sus nietos, pormenorizado en el fallo que se ha transcrito en los antecedentes de hecho, cuyo apartados más relevantes son: se dispone una visita intersemanal los miércoles desde la salida del colegio de los dos nietos mayores, Paulino y Plácido , por especio de dos horas; una visita para los dos nietos mayores de un sábado o domingo al mes, que tendrá lugar entre las 11 horas de la mañana y las 18 horas de la tarde; el día del Pilar, el día de Navidad y el día de Reyes los actores podrán estar en compañía de los tres nietos desde las 17,30 horas hasta las 20,30 horas; en el periodo de vacaciones escolares de Navidad podrán los abuelos tener en compañía a los nietos mayores dos días, desde las 11 horas de la mañana del primer día hasta las 17 horas del día siguiente, incluyendo por tanto una pernocta; y en las vacaciones de verano, entre los meses de julio y agosto, estarán igualmente los dos nietos mayores, y el más pequeño desde que cumpla dos años, en compañía de los abuelos durante una semana, desde el lunes a las 10 horas de la mañana hasta el domingo a las 20 horas de la tarde.

La sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza ha confirmado sustancialmente la sentencia apelada. Modifica el fallo únicamente en los siguientes apartados: la incorporación de Prudencio a las visitas intersemanales y fines de semana se producirá una vez cumplido el año y medio; la visita intersemanal (miércoles) tendrá carácter alterno; se deja sin efecto la visita en los días del Pilar y Reyes; y el día de Navidad el horario de visita será de 11 a 13 horas.

Frente a esta sentencia, la representación de los demandados formula recurso extraordinario por infracción procesal y de casación. Los motivos por infracción procesal han sido inadmitidos.

SEGUNDO.- El recurso de casación se interpone fundado en cuatro motivos, todos relacionados entre sí, de modo que la parte recurrente plantea el primero como principal y los sucesivos como subsidiarios de aquél. Dado que todos ellos denuncian la infracción del art. 60 del CDFA, serán examinados conjuntamente, sin perjuicio de las matizaciones correspondientes a cada una de las situaciones contempladas en la sentencia recurrida y a las alegaciones de la parte recurrente.

Los recurrentes articulan su discrepancia con la sentencia a partir de estimar que, como no existe oposición de los padres a que los abuelos se relacionen con los nietos, no procede haber lugar a la demanda, que por ello debió ser desestimada en su totalidad.

Esta afirmación pugna con los hechos que se estiman acreditados en las instancias. La sentencia de primer grado razona ampliamente acerca de la cuestión y, tras analizar detalladamente la prueba practicada, expresa:

<<queda claro que entre las partes existen problemas de relación>>, y que <<desde luego no puede hablarse de un vínculo normal entre padres e hijo>>, Concluye el razonamiento afirmando que <<lo que en todo caso debe primar es su beneficio (de los menores), y si a buen seguro mantienen una relación con los abuelos maternos, debe proporcionarse igualmente la misma con los paternos y ello pasa por fijar un sistema de visitas que inexorablemente los codemandados deberán de cumplir>>. Y la Audiencia Provincial confirma en lo sustancial el pronunciamiento de primera instancia, al afirmar: <<tal como acertadamente sostiene la juzgadora de instancia y el Ministerio Fiscal, en una relación familiar entre los padres de los menores y los abuelos que no parece lo más adecuada y teniendo en cuenta la existencia de claras discrepancias al respecto, no existe otra opción que la regulación judicial>>.

TERCERO.- Sobre el derecho del menor a relacionarse con los abuelos esta Sala ya se ha pronunciado en varias decisiones. La sentencia de 24 de julio de 2013. nº 37/2013, expresa: << *En las relaciones entre ascendientes y descendientes (Título II del Libro Primero del CDFA), y dentro de los efectos de la filiación (Capítulo primero), el artículo 60.1 del CDFA configura las relaciones de los menores con sus abuelos y otros parientes y allegados como un derecho de los primeros, salvo si, excepcionalmente, su interés lo desaconseja. Y, conforme al apartado 2 del mismo artículo, no pueden los padres y guardadores impedir esta relación salvo cuando el interés del menor lo exija. Finalmente, el apartado 3 permite al juez suspender, modificar o denegar la relación entre estas personas con el menor si su interés lo requiere, así como adoptar las medidas necesarias para la efectividad de esta relación personal.*

Así pues, proclamada la relación personal del menor con estas personas como un derecho del mismo al que los padres no se pueden oponer salvo por interés de aquél, al mismo tiempo se dota al juez de un amplio margen de actuación, a instancia tanto del menor como del resto de los afectados, para suspender, modificar o denegar la relación y para hacerla eficaz, todo ello siempre en interés del menor>>.

Este criterio se ha mantenido en sentencia de 10 de junio de 2016, nº 16/2016, y en la de 11 de mayo de 2017, nº 10/2017, que precisa la posibilidad de que << *si el interés del menor lo desaconseja, podrá excepcionalmente ser limitada o denegada dicha relación>>.*

El reconocimiento de este derecho se funda en la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que en su art. 8.1 previene que << *los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas>>* y en su art. 9 establece << *1. Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño>>.*

CUARTO.- La relación con los abuelos se configura en el derecho civil aragonés como un derecho del menor, en cuyo interés ha de adoptarse la decisión; y, como afirma autorizada doctrina, se trata de una relación de carácter funcional, que ha de ser ejercida en interés de los menores.

Aun siendo los menores titulares del derecho, los abuelos tienen legitimación para ejercitar una pretensión sobre la fijación judicial de los límites y configuración de esas relaciones, cuando exista oposición de los progenitores de los niños, nietos de los demandantes.

El derecho a la relación de los abuelos no se extiende a exigir un régimen de visitas y estancias similar al que puede corresponder al progenitor no custodio en casos de separación o divorcio, porque la configuración legal de la relación de las personas interesadas es esencialmente distinta: los progenitores ostentan la autoridad familiar sobre los hijos menores, en los términos prevenidos en los arts. 63 y siguientes del CDFA, aunque no tengan la custodia, y por ello el legislador cuida de establecer un régimen de estancias y visitas que permita la relación próxima y fluida de los hijos e hijas con ellos. Como afirmamos en nuestra sentencia de 8 de febrero de 2017, nº 4/2017, que se remite a la antes citada de 10 de junio de 2016, << *Se configura este régimen de comunicación en la doble vertiente del derecho de los menores a un contacto directo con los padres de modo regular (artículo 76.3.a), y el derecho de los padres para garantizar el ejercicio de las funciones propias de la autoridad familiar (artículo 80.1, en relación -artículo 59 b- con el derecho y obligación de los padres, aunque no vivan con el menor, e incluso cuando no ostenten la autoridad familiar, a visitarlo y relacionarse con él), añadido a las medidas a adoptar por los jueces para garantizar la continuidad y la efectividad del mantenimiento de los vínculos de los hijos menores con cada uno de sus progenitores>>.*

El régimen de la relación con los abuelos tiene una finalidad distinta y, por tanto, la forma de determinarla ha de ser también acorde a esa configuración. Al respecto la STS de 15 de enero de 2018, nº 18/2018, mantiene, en aplicación de lo establecido en el art. 160 del Código civil: << *Como recoge la sentencia 576/2009, de 28 de julio , la relación del nieto con los abuelos es siempre enriquecedora (STS 20 de septiembre de 2002) y no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una*

relación de parentesco tan próximo que justifica un especial afecto. 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 aquélla pueda presentarse con múltiples aspectos y matices, en principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve tiempo. Tal doctrina la recoge también la sentencia antes citada.>>

Para atender al derecho de los menores a relacionarse con sus abuelos, en caso de discrepancia de criterios entre éstos y los padres de los infantes, el juez ha de resolver de forma tendente a facilitar esa relación, estableciendo un régimen que produzca seguridad a todos ellos, especialmente a los menores; que permita a los abuelos estar con los nietos y disfrutar de su presencia; pero, a la vez, que no obstaculice el régimen normal de educación de los progenitores, quienes han de velar por la crianza y educación de los hijos, lo que a su vez incluye el ejercicio de los deberes y derechos establecidos legalmente para el cumplimiento de esa función, entre los que se encuentra el de tenerlos en su compañía, en la forma regulada en el art. 65.1, a) del CDFA: << *El hijo no puede abandonar el domicilio familiar o el de la persona o institución a que haya sido confiado, ni ser retirado de él por otras personas>>*.

QUINTO.- Las razones expuestas inciden directamente en las medidas de visitas y estancias que han sido fijadas en la sentencia recurrida, especialmente en cuanto a las pernoctas. La decisión, adoptada por el juzgado de primera instancia y ratificada en apelación por la sentencia ahora recurrida, ordena la estancia de los nietos con sus abuelos durante el periodo de vacaciones escolares de Navidad en que, además de las visitas establecidas, <<podrán los abuelos tener en compañía los nietos mayores, dos días, ... siendo desde las 11 horas del primer día hasta las 17 horas del día siguiente, incluyendo por tanto una pernocta>>; además de una semana durante el periodo de vacaciones de verano, <<desde el lunes a las 10 de la mañana hasta el domingo a las 20 horas de la tarde>>.

La imposición de esa decisión no tiene justificación en el régimen de relaciones establecido en el art. 60 del CDFA, y su ejecución puede obstaculizar el ejercicio del derecho-deber de los progenitores a la autoridad familiar y a la educación de los hijos, lo que implica la adopción de medidas relativas al régimen de alimentación, aseo, horarios de descanso y ocio, y demás; todo lo cual no puede ejercerse cuando los niños están obligatoriamente alejados de la compañía de sus padres.

En consecuencia el recurso ha de ser estimado en cuanto al régimen de visitas con pernocta establecido en la sentencia recurrida.

Igualmente lo será en cuanto a la estancia en las vacaciones de verano, entre los meses de julio y agosto, de los dos nietos mayores, y el más pequeño desde que cumpla dos años, en compañía de los abuelos durante una semana, pues el precepto de constante mención no justifica esa estancia de los abuelos con los nietos, de forma que excluya a los progenitores de los niños.

SEXTO.- Los motivos segundo y cuarto del recurso de casación se refieren al alcance y extensión del derecho de visitas de los abuelos con sus nietos, que comprende una semana en verano (julio o agosto) con pernoctas, y a la facultad otorgada a los abuelos para poder desplazarse con sus nietos fuera de la ciudad de Zaragoza (residencia habitual de los menores) sin necesidad de consentimiento de los progenitores y con la única obligación de facilitar el contacto telefónico con los menores con sus padres dos veces al día.

Estos motivos se estiman, ya que el art. 60 del CDFA no ampara, dentro de la relación de los menores con sus abuelos, la posibilidad de que los nietos sean separados de sus progenitores durante una semana, incluso con desplazamiento a una localidad distinta de su residencia habitual, pues el derecho a la relación con los abuelos no justifica la necesidad de pasar con los nietos unos días de vacaciones de forma que los progenitores queden durante ese periodo privados de la relación y convivencia con sus hijos.

Lo expuesto no obsta a que las partes puedan en el futuro llegar a acuerdos sobre la forma de relación de los abuelos con sus nietos, en interés de estos.

SÉPTIMO.- El motivo tercero se refiere a la incorporación del nieto más pequeño, Prudencio , al régimen de estancias de una semana en verano con pernocta desde que cumpla dos años. Pretende la parte recurrente que, caso de confirmarse el pronunciamiento de la sentencia recurrida respecto a ese régimen de visitas para los abuelos en vacaciones de verano, dicho régimen se aplicará a Prudencio desde que cumpla los tres años.

En cuanto a este motivo es de considerar que, por las razones ya expresadas, no se va a mantener el régimen de vacaciones de los abuelos paternos con sus nietos durante una semana en los meses de julio o agosto, por lo que ya no concurre el supuesto para el que se estableció el día de inicio -cumplimiento de la edad de dos años por Prudencio -.

Para los restantes tiempos de encuentro con los abuelos, la sentencia de la audiencia ha fijado que se produzcan una vez cumplido el año y medio, pronunciamiento que no es objeto del motivo de recurso y que resulta ajustado a los intereses del menor, como derecho a pasar a formar parte con sus hermanos mayores de un régimen de relación con sus abuelos que no le va a exigir la pernocta fuera de su propia casa. Por lo demás, hemos de tener presente que el menor Prudencio es nacido el día NUM002 de 2018, de modo que ya ha cumplido a esta fecha el año y medio de edad.

El motivo se desestima.

OCTAVO.- La estimación de los motivos primero, segundo y cuarto del recurso de casación da lugar a que la Sala, asumiendo la instancia, decida sobre las cuestiones controvertidas en cuanto al régimen de relación de los nietos con sus abuelos paternos.

Desestimamos la pretensión de un régimen de visitas con pernocta, e igualmente en cuanto a la estancia en las vacaciones de verano, entre los meses de julio y agosto, de los dos nietos mayores, y el más pequeño desde que cumpla dos años, en compañía de los abuelos durante una semana.

Por el contrario, se confirma la sentencia en cuanto a los pronunciamientos sobre: la visita intersemanal de los miércoles desde la salida del colegio de los dos nietos mayores, a la que se ha de incorporar el más pequeño, y que la Audiencia Provincial ha decidido que tendrá carácter alterno; la comunicación de los abuelos con sus nietos el día de Navidad; la visita para los nietos de un sábado o domingo al mes, a elección de los progenitores, que comunicarán a los abuelos el mes anterior, y tendrá lugar entre las 11 horas de la mañana y las 18 horas de la tarde.

Respecto a la decisión del juzgado, confirmada en apelación, relativa a que <<durante todo el período de vacaciones escolares de Navidad, además de las visitas establecidas, podrán los abuelos tener en compañía a los nietos mayores, dos días, a elección de los progenitores, y que les comunicarán con un mes de antelación, transcurrido el cual sin haberlo hecho, perderán su derecho de elección, siendo desde las 11 horas de la mañana del primer día, hasta las 17 horas del día siguiente>>, se modifica según lo razonado y se deja sin efecto la pernocta en casa de los abuelos, por lo que esa relación quedará fijada en un día, entre las 11 horas de la mañana y las 18 horas de la tarde.

NOVENO.- La estimación parcial del recurso de casación conduce a no hacer imposición de costas del mismo. En cuanto a las de las instancias, tampoco procede su imposición, en atención a la naturaleza de los intereses en conflicto y a la afectación de los derechos de los menores.

Todo ello por aplicación al caso de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 LEC.

El depósito para recurrir se rige por lo establecido en la Disposición Final 15ª de la LOPJ.

FALLAMOS

Primero. - Estimar en sus motivos primero, segundo y cuarto, el recurso de casación interpuesto por la representación de Don Camilo y Doña Benita , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección segunda, en fecha 30 de mayo de 2019, que casamos en cuanto se oponga a los siguientes pronunciamientos.

Segundo.- Asumir la instancia y declarar: el régimen de visitas de los demandantes Don Rosendo y Doña Celestina respecto de sus nietos Paulino , Plácido y Prudencio , será el siguiente:

- Una visita intersemanal, los miércoles desde la salida del colegio de los dos nietos mayores, a la que se ha de incorporar el más pequeño, y que tendrá lugar por semanas alternas;

- la comunicación de los abuelos con sus nietos el día de Navidad;

- la visita para los nietos de un sábado o domingo al mes, a elección de los progenitores, que comunicarán a los abuelos el mes anterior, y tendrá lugar entre las 11 horas de la mañana y las 18 horas de la tarde;

- durante todo el período de vacaciones escolares de Navidad, además de las visitas establecidas, podrán los abuelos tener en compañía a los nietos durante un día, entre las 11 horas de la mañana y las 18 horas de la tarde.

Confirmando los pronunciamientos del Juzgado de Primera Instancia acerca de las prevenciones, avisos previos, posibilidad de sustitución de fechas y horarios, que no se opongan a este fallo.

Tercero. - Declaramos no haber lugar a las restantes pretensiones de la parte demandante.

Cuarto. - No hacer imposición en las costas de la casación ni del proceso en primera y segunda instancia.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Quinto. - Acordar la devolución del depósito constituido para recurrir.

Esta sentencia es firme, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

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

Así por esta sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ