BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NCJ063998

TRIBUNAL SUPREMO
Sentencia 126/2019, de 1 de marzo de 2019
Sala de lo Civil
Rec. n.º 1669/2018

SUMARIO:

Derecho de Familia. Divorcio. Menores. Interés del menor. Régimen de visitas y comunicación. Guarda y custodia. Modificación de medidas. Allegado.
Se somete a consideración si el que no es padre biológico de la menor, según sentencia determinando la paternidad en favor de un tercero, tiene derecho o no a un régimen de visitas respecto a dicha menor, con la que tiene vínculos persistentes y consolidados desde su nacimiento, y que además, es hermana de la otra menor, que si es hija biológica del demandante de relación, y respecto de la cual mantiene el correspondiente régimen de visitas.
Cuando se plantea como cuestión a decidir el régimen de visitas y comunicaciones de menores de edad, no solo se plantea la relación, en caso de custodia monoparental, entre el progenitor no custodio y los hijos sometidos a potestad, sino también, aunque sean más excepcionales, las que reconoce el Código Civil en el art. 160, respecto de abuelos, entre hermanos y otros parientes y allegados. La falta de filiación biológica no puede impedir o ser un obstáculo para poder seguir manteniendo una amplia relación y contacto, dado que esa relación forma parte o se integra, sin duda alguna, en el concepto de persona allegada, según la terminología del art. 160 CC (dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza).Cuando se trata, de valorar el interés del menor, tiene sentado la sala que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia. El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea sólo aparente, puramente formalista o estereotipada. En este caso, como la sentencia de apelación refleja un riguroso estudio y análisis que consideró como interés del menor con motivación lógica y razonable, el mantenimiento de relaciones con el ahora declarado no progenitor corroborada por el informe psicosocial, impide revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación.

PRECEPTOS:

Código Civil, art. 160.2.
Ley 1/2000 (LEC), arts. 10, 13, 218 y 753.1.

PONENTE:

Don Eduardo Baena Ruiz.

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN
Don ANTONIO SALAS CARCELLER
Don FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS
Don EDUARDO BAENA RUIZ
Doña MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 126/2019

Fecha de sentencia: 01/03/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1669/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1669/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 126/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Eduardo Baena Ruiz
D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 1 de marzo de 2019.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2018, aclarada por auto de 1 de febrero de 2018, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, recurso de apelación núm. 872/2017, dimanante de autos de juicio sobre modificación de medidas cautelares núm. 640/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de DIRECCION000.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente doña Dulce representada por el procurador don José Ignacio Noriega Arquer, bajo la dirección letrada de don Ángel Luis Aparicio Jabón.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida don Ismael, representado por la procuradora doña Inmaculada Guzmán Altuna y bajo la dirección letrada de doña María Luisa Avis Rol.

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. Doña Dulce, representada por el procurador don Juan Carlos Alvarado Castuera y bajo la dirección letrada de don Ángel Luis Aparicio Jabón, formuló demanda de modificación de medidas definitivas en sentencia de divorcio relativas a patria potestad, pensión alimenticia y régimen de visitas de su hija Flora, frente a don Ismael y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado:

"...y acuerde, en su día, previos los trámites legales oportunos, modificar las medidas recogidas en la sentencia de divorcio de fecha 8 de noviembre de 2013 respecto de la pensión de alimentos y ejercicio de la patria potestad de la menor Flora, así como el régimen de visitas establecido en la sentencia de fecha 26 de febrero de 2015, acordando:

"-Cesación o extinción del ejercicio de la patria potestad existente respecto de la menor Flora por parte de d. Ismael.
"-Cesación o extinción del abono de la pensión de alimentos de la menor Flora en cuantía de 200.€ mensuales y gastos extraordinarios por parte de d. Ismael.
"-Cesación o extinción del régimen de visitas -intersemanal, semanal, períodos vacacionales, días señalados... fijado a favor de D. Ismael respecto de la menor Flora.
"-Cualquier otro pronunciamiento que en beneficio de la menor pudiere acordar su señoría en relación con la sentencia pronunciada por el Juzgado núm.1 de DIRECCION000.
"-Y, todo ello, con expresa condena en costas al demandado en el caso de que se oponga al ejercicio de esta acción".

2. La demanda referenciada anteriormente fue presentada en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de DIRECCION001, que la registró con núm. de procedimiento 242/2016 y por decreto de 7 de septiembre de 2016 se admitió a trámite, se ordenó su sustanciación por los trámites del juicio verbal y se acordó dar traslado al demandado y al Ministerio Fiscal para contestar a la misma.

3. El procurador D. Juan Carlos Avís Rol, en nombre y representación de D. Ismael, bajo la dirección letrada de Dña. María Luisa Avís Rol, contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

"[...] se dicte sentencia desestimando íntegramente la demanda presentada, declarando no haber lugar a la modificación de medidas acordada en la sentencia núm. 12, dictada en los autos de procedimiento de modificación de medidas de mutuo acuerdo 316/2014 por el Juzgado al que nos dirigimos de fecha 26 de febrero de 2015, al no haberse producido un cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta cuando se dictó la misma y se acordaron las medidas contenidas en ella, y al entender no solo que no se aporta de contrario argumento alguno que beneficie a la menor de atender su pretensión, sino que vulnera el interés superior de Flora, perjudicándola y viola el art. 160.2 C. Civil.
"Y todo ello con expresa condena en costas a la parte actora".

4. La demandante participó al juzgado el inicio de un proceso penal, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en los Juzgados de DIRECCION000, y, por auto de fecha 26 de octubre de 2016, se

acordó la inhibición del procedimiento incoado al Juzgado de Violencia sobre la mujer de DIRECCION000 emplazando a las partes ante dicho juzgado.

5. El juzgado de 1.ª Instancia e Instrucción núm. 4 de DIRECCION000, aceptó la demanda, registrándola con el núm. de modificación de medidas contencioso 640/2016, y emplazó al Ministerio Fiscal para contestar a la demanda.

6. El fiscal contestó a la demanda interesando del juzgado se le tuviera por personado en las actuaciones.

7. Por decreto de 5 de diciembre de 2016 se admitió a trámite las contestaciones y se convocó a las partes para juicio verbal dada la materia.

8. La procuradora Dña. Julia Sevillano Hornero se personó en nombre y representación de Dña. Dulce, conforme a acta de apoderamiento apud acta de fecha 6 de junio de 2017.

9. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4 de DIRECCION000 dictó sentencia el 1 de septiembre de 2017, cuya parte dispositiva dice:

"Que debo estimar la demanda formulada por Dña. Dulce representada por el procurador de los tribunales D.ª Julia Sevillano Hornero, frente a D. Ismael representada por el procurador de los tribunales Dña. Cristina Redondo Mena, y en su virtud se acuerda la modificación de la sentencia de 26 de febrero de 2015, acordando la:

Extinción del ejercicio de la patria potestad existente respecto de la menor Flora por parte de D. Ismael.
"Extinción del abono de la pensión de la menor Flora en cuantía de 200 euros mensuales, y gastos extraordinarios por parte de don Ismael. Extinción del régimen de visitas- intersemanal, semanal, períodos vacacionales, días señalados, fijado a favor de don Ismael, respecto a la menor Flora".

Segundo. *Tramitación en segunda instancia y en este tribunal.*

1. La procuradora doña María Cristina Redondo Mena compareció en nombre y representación de don Ismael, bajo la dirección letrada de doña María Luisa Avis Rol, e interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo resolver a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, que dictó sentencia, el 19 de enero de 2018 cuya parte dispositiva es del tenor literal:

"Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ismael contra la sentencia núm. 138/17 de fecha 1 de septiembre dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000 en autos núm. 640/16, de los que éste rollo dimana, y en su virtud, revocamos expresada resolución, en el único sentido de fijar el siguiente régimen de visitas de D. Ismael respecto a la menor Flora:

"1.º) Fines de semana alterno, con el horario y circunstancias determinado en la sentencia de 26 de febrero de 2015.
"2.º) Mitad de vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, con el horario y circunstancias detallado en la misma sentencia.
"3.º) Confirmamos la sentencia en todo lo demás.
"4.º) Sin imposición de costas".

Y en fecha 1 de febrero de 2018 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva indica:

"En cuanto a la solicitud formulada por la representación procesal de la apelada, doña Dulce de aclarar la sentencia núm. 37/18, de 10 de enero, dictada por el tribunal en apelación, acordamos:

"- Desestimar el primer motivo de solicitud de aclaración, relativo al régimen de visitas del menor.
"- En cuanto al segundo motivo, aclarar que es correcta la constatación en la sentencia de apelación reseñada, de la ponencia de la misma respecto del Ilmo. Sr. Presidente don Juan Francisco Bote Saavedra,

tratándose de un error de transcripción la consignación como ponente del Ilmo. Sr. Magistrado don Antonio María González Floriano en la diligencia de ordenación de 10 de enero de 2017.

"- Aclarar/completar el fallo de la citada sentencia de apelación, a efectos ilustrativos, en el sentido de que contra la misma cabe interponer, en su caso, el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación; todo ello en base al cumplimiento de los requisitos que establecen los arts. 468 y ss de la LEC, respecto del recurso extraordinario por infracción procesal, y los ARTS. 477 y ss de la LEC respecto del recurso de casación, con las particularidades previstas en la disposición final decimosexta de referido cuerpo legal en cuanto al régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios.

"- A salvo de esta última consideración, se mantiene el texto de la sentencia de apelación cuya aclaración se solicita"

Tercero. *Interposición y tramitación de los recurso extraordinarios por infracción procesal y de casación.*

2. Contra la anterior resolución la representación procesal de doña Dulce interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, con base en los siguientes motivos:

Recurso extraordinario por infracción procesal.

Se estructura en cuatro motivos, los cuatro al amparo del artículo 469.1.3.º LEC, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso determinante de la nulidad de actuaciones por indefensión, en base a diferentes infracciones: El motivo primero se funda en la infracción del artículo 218 LEC, incurriendo en incongruencia ultra petita, siendo la primera ocasión en que puede solicitarse subsanación; el motivo segundo por infracción por inaplicación del artículo 10 LEC, por no haber sido parte en el proceso de modificación de medidas el progenitor biológico de la menor sobre cuyo régimen de visitas se decide, provocando indefensión del progenitor biológico que no ha podido ejercer el derecho de defensa y afectando a los derechos legítimos de la menor, quién ostenta un derecho material preferente al de los progenitores y más a la figura de "allegado" y que ve reducido ostensiblemente su derecho a relacionarse con su hija dentro del ámbito familiar; el motivo tercero por infracción del artículo 753.1 LEC, por no haberse dado traslado de la demanda de modificación de medidas al padre biológico de la menor, causándole indefensión por no haber podido ejercer el derecho de defensa y el de relacionarse con su hija en la forma más amplia que le otorga el derecho al progenitor que ejerce la patria potestad y la custodia de Flora, sin darle oportunidad de oponerse al régimen como el que se ha otorgado en la sentencia de instancia, afectando igualmente al derecho de la menor a privársele de tener una relación normalizada de guarda y custodio con su progenitor biológico y el motivo cuarto fundado en infracción del artículo 13 LEC por inaplicación, a partir de la resolución denegatoria de la intervención legítimamente solicitada por el sr. Nemesio, causándole indefensión por no haber podido ejercitar su derecho de defensa.

Recurso de casación.

Se interpone, por la Sra. Dulce, parte demandante y apelada, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC y se estructura en dos motivos: El primero fundado en el artículo 160.1 CC, sobre el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, o en su caso la guarda y custodia y el motivo segundo fundado en infracción del artículo 160.2 CC en cuanto al régimen de visitas otorgado a la figura del allegado como si se tratarse de un progenitor no custodio, que afecta perjudicialmente al derecho de la menor a relacionarse con su progenitor custodio, compartida con la madre biológica Flora dentro del ámbito familiar que forman los padres y la menor. En el desarrollo argumental del motivo primero parte recurrente alega que las dos sentencias de esta sala en las que la Audiencia Provincial se apoya no contemplan supuestos similares y en el motivo segundo que las soluciones ofrecidas por esta sala no amparan una solución como la adoptada.

3. Remitidas las actuaciones a esta sala, se dictó auto el 19 de septiembre de 2018 con el siguiente fallo:

"1.º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Dña. Dulce, presentó escrito de interposición de recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 19 de enero de 2018, por la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, en el rollo de apelación 872/2017, dimanante de juicio de modificación de medidas 640/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de DIRECCION000.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días para que la parte recurrida, y a continuación el Ministerio Fiscal, puedan formalizar por escrito su oposición a los recursos interpuestos, encontrándose las actuaciones en Secretaría".

4. El demandado personado dejó transcurrir el término sin presentar escrito alguno.

5. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal y la estimación del recurso de casación interpuesto y formulando oposición a la apelación del demandado, interesó la confirmación de la sentencia dictada por el juzgado de Primera Instancia.

6. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de febrero de 2019, 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 se exponen a continuación:

1. Ejercita la parte actora acción de modificación de medidas de la sentencia dictada en fecha 26 de febrero de 2015, basándose en los siguientes hechos. Afirma la demandante que como consecuencia del dictado de la sentencia estimando la acción de impugnación de la paternidad, era necesario excluir las relaciones paterno filiales, solicitando la adopción de las siguientes medidas: cesación o extinción del ejercicio de la patria potestad existente respecto de la menor Flora por parte de don Ismael. Cesación o extinción del abono de la pensión de la menor Flora en cuantía de 200 euros mensuales, y gastos extraordinarios por parte de don Ismael. Cesación o extinción del régimen de visitas-intersemanal, semanal, periodos vacacionales, días señalados, fijado a favor de don Ismael, respecto a la menor Flora.

Frente esto, el demandado se opone a la demanda, alegando que desde el dictado de la sentencia de divorcio de mutuo acuerdo, independientemente del dictado de la sentencia de filiación paterna no matrimonial e impugnación de la paternidad, era conocido por todos que el padre biológico de Flora era don Nemesio. Afirma que desde el dictado de la sentencia en el procedimiento de filiación, la actora tenia el propósito de que la menor cesara en sus relaciones con el demandado. Vulnera este procedimiento de modificación el interés superior de la menor Flora, cuyo desarrollo integral se vería amenazado con las pretensiones de la demanda. Igualmente, afirma la parte demandada que, para la menor, ante esta nueva situación, era traumático al tener que desprenderse del que hasta ahora había considerado como su padre. Niega que se haya producido un cambio sustancial de las circunstancias que dieron lugar a las sentencias anteriores, ya que en el momento del dictado de la modificación del Convenio que dio lugar a la sentencia de 26 de febrero de 2015, ya se tuvo en cuenta que el padre biológico era don Nemesio, pese a lo cual se mantuvo un régimen de visitas del demandado con la menor.

2. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente las pretensiones interesadas en la demanda.

3. El demandado interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia y correspondió conocer de él a la sección n.º 1 de la Audiencia Provincial de Cáceres que dictó sentencia el 19 de enero de 2018 por la que, con estimación del recurso, revocó la sentencia de primera instancia en el único extremo de fijar un régimen de visitas del Sr. Ismael respecto de la menor Flora, en los términos que recoge la parte dispositiva de su resolución.

4. Vamos a detenernos en su motivación, por ser sumamente relevante a los fines del recurso de casación:

(i) Expone como antecedentes fácticos los siguientes:

Consta al efecto, que en fecha 8 de noviembre de 2013, se dictó sentencia ce divorcio de mutuo acuerdo, aprobando el Convenio regulador, atribuyendo la patria potestad a ambos progenitores respecto de las dos hijas, con régimen de visitas en favor del padre no custodio.

En fecha 1 de diciembre de 2015, se dictó sentencia estimando la acción de impugnación de la paternidad, declarando que Don Nemesio es el padre biológico de la menor Flora.

Declarada dicha paternidad interpone la madre demanda de modificación de las medidas acordadas en la sentencia de divorcio por alteración sustancial de las circunstancias como es la declaración de paternidad, distinta

a la que venía ostentando don Ismael, solicitando la cesación o extinción del ejercicio de la patria potestad existente respecto de la menor Flora por parte del Sr. Ismael: cesación o extinción del abono de la pensión alimenticia de la menor y castos extraordinarios por el Sr. Ismael, así como cese o extinción del régimen de visitas inter semanal, semanal, periodos vacacionales, fijados a favor de D. Ismael.

En fecha 1 de septiembre de 2017, se dictó sentencia estimando le demanda en su integridad, siendo objeto del recurso el pronunciamiento sobre el régimen de visitas en favor de D. Ismael, al existir vínculos preexistentes y consolidados, debiendo mantenerse con el apelante un régimen de visitas.

En la sentencia de fecha 25 de febrero de 2.015, se acordó la modificación de las medidas, estableciendo un régimen de visitas a favor de don Ismael respecto a las que entonces eran sus dos hijas, Flora y Elisa, que cuentan en la actualidad con 6 y 5 años de edad, respectivamente. Dicho régimen es el siguiente: 1.°) ínter semanal los martes y jueves, con el horario y circunstancias allí detallado. 2.°) Fines de semana alterno, con el horario y circunstancias allí detallado.

3.º) Mitad de vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, con el horario y circunstancias allí detallado.

(ii) A continuación añade que la única cuestión que se somete a nuestra consideración es si don Ismael, que no es padre biológico de la menor Flora, según sentencia determinando la paternidad en favor de un tercero, tiene derecho o no a un régimen de visitas respecto a dicha menor, con la que tiene vínculos persistentes y consolidados desde su nacimiento, y que además, es hermana de la otra menor Elisa, que si es hija biológica del Sr. Ismael, y respecto de la cual mantiene el correspondiente régimen de visitas.

Para dar respuesta a dicha interrogante cita el apartado 2 del art. 160 CC y la jurisprudencia que lo interpreta en concreto las sentencias de esta sala de 20 de noviembre de 2013 y 12 de mayo de 2011, para concluir que es el principio del favor filii el que el tribunal ha de tener en cuenta.

(iii) Descendiendo a las circunstancias del caso a resolver, afirma lo siguiente:

"Hay que tener en cuenta que la menor Flora nació hace seis años, en el seno del matrimonio formado por la Sra. Lina y don Ismael y, por tanto, dentro de la unidad familiar, de ¡a que también formaba parte su hermana Elisa, manteniéndose esa unidad familiar hasta la sentencia de divorcio, continuando no obstante el mismo vínculo tras la crisis conyugal, a través del amplio derecho de visitas paterno filial establecido en la referida sentencia de divorcio, y posterior sentencia de modificación de medidas, al menos hasta que se dictó la sentencia del procedimiento de paternidad.

"En consecuencia, no cabe duda que los vínculos existentes entre el Sr. Ismael y la menor Flora, son los propios de la relación paterno filial, aunque, obviamente, una vez firme la sentencia dictada en el procedimiento de paternidad no puede ser considerado como progenitor. Ahora bien, esa falta de filiación biológica no puede impedir o ser un obstáculo para poder seguir manteniendo una amplia relación y contacto, dado que esa relación forma parte o se integra, sin duda alguna, en el concepto de persona allegada, según la terminología del Art. 160 CC, pues como dice la referida STS de 12 de mayo de 2011, de acuerdo con la definición del diccionario de la RAE, allegado, "dicho de una persona: cercana o próxima a otra en parentesco, amistad, trato o confianza".

"La estrecha relación existente entre el Sr. Ismael y Flora se ve corroborada por el informe psicosocial emitido en el procedimiento, que hace referencia a los antecedentes y a la evaluación familiar, para concluir que es perfectamente compatible la nueva paternidad biológica con el derecho del Sr. Ismael a relacionarse con la menor Flora, por las circunstancias antes expuestas.

"Además, no puede olvidarse que Albo tiene una hermana, Elisa, que si es hija biológica del apelante, siendo estrecha la relación existente entre las dos hermanas, de modo que es muy beneficiosa para Flora la convivencia con su hermana y con el Sr. Ismael, al menos los días y periodos que Elisa estará con su padre. La relación de Flora con el Sr. Ismael ha sido y sigue siendo referente muy importante para la menor, siendo preciso preservarla y promocionarla, en beneficio de la menor.

"Siendo incuestionable pues, el derecho del apelante para relacionarse con Flora, y lo más beneficioso para la menor, debemos concretar dicho régimen de visitas, postulando el Sr. Ismael un régimen de visitas distinto o más restrictivo que si fuera su propia hija."

(iv) Finalmente aborda el concreto régimen de visitas que sea conveniente fijar.

Cita como criterios orientativos los recogidos en la sentencia de 12 de mayo de 2011 y, a partir de ellos y de las conclusiones del informe psicosocial, afirma que la estrecha relación afectiva existente entre ambos y el hecho de que no sólo se trata de preservar la relación entre el Sr. Ismael y Flora, sino también la de ésta con su hermana Elisa, consideramos que el régimen de visitas más conveniente debe ser el mismo régimen de relaciones personales, con alguna modificación, del que viene establecido en la sentencia de modificación de medidas de fecha 26 de febrero de 2.015, en la que se estableció un régimen de visitas a favor de don Ismael respecto a las que entonces eran sus dos hijas, Flora y Elisa, y todo ello, para que las dos hermanas puedan disfrutar juntas los fines de semana y los periodos vacacionales. Dicho régimen de visitas será el siguiente:

1°) Fines de semana alterno, con el horario y circunstancias allí detallado.
2°)Mitad de vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, con si horario y circunstancias allí detallado.

(v) No obstante, y como cláusula de cierre, prevé que todo ello, sin perjuicio obviante de las modificaciones que pudieran establecerse en el futuro en caso de que se produjera una variación sustancial de circunstancias que aconseje adoptar una decisión distinta para proteger debidamente el interés del menor.

5. La parte actora interpuso contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por interés casacional.

6. El recurso extraordinario por infracción procesal se estructura en cuatro motivos, los cuatro al amparo del artículo 469.1.3.º LEC, por infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso determinante de la nulidad de actuaciones por indefensión, en base a diferentes infracciones.

El motivo primero se funda en la infracción del artículo 218 LEC, incurriendo en incongruencia ultra petita, siendo la primera ocasión en que puede solicitarse subsanación.

El motivo segundo por infracción por inaplicación del artículo 10 LEC, por no haber sido parte en el proceso de modificación de medidas el progenitor biológico de la menor sobre cuyo régimen de visitas se decide, provocando indefensión del progenitor biológico que no ha podido ejercer el derecho de defensa y afectando a los derechos legítimos de la menor, quién ostenta un derecho material preferente al de los progenitores y más a la figura de "allegado" y que ve reducido ostensiblemente su derecho a relacionarse con su hija dentro del ámbito familiar.

El motivo tercero por infracción del artículo 753.1 LEC, por no haberse dado traslado de la demanda de modificación de medidas al padre biológico de la menor, causándole indefensión por no haber podido ejercer el derecho de defensa y el de relacionarse con su hija en la forma más amplia que le otorga el derecho al progenitor que ejerce la patria potestad y la custodia de Flora, sin darle oportunidad de oponerse al régimen como el que se ha otorgado en la sentencia de instancia, afectando igualmente al derecho de la menor a privársele de tener una relación normalizada de guarda y custodio con su progenitor biológico.

El motivo cuarto fundado en infracción del artículo 13 LEC por inaplicación, a partir de la resolución denegatoria de la intervención legítimamente solicitada por el sr. Nemesio, causándole indefensión por no haber podido ejercitar su derecho de defensa.

7. El recurso de casación se interpone, por la Sra. Dulce, parte demandante y apelada, al amparo del artículo 477.2.3.º LEC y se estructura en dos motivos.

El primero fundado en el artículo 160.1 CC, sobre el derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores aunque estos no ejerzan la patria potestad, o en su caso la guarda y custodia.

El motivo segundo fundado en infracción del artículo 160.2 CC en cuanto al régimen de visitas otorgado a la figura del allegado como si se tratarse de un progenitor no custodio, que afecta perjudicialmente al derecho de la menor a relacionarse con su progenitor custodio, compartida con la madre biológica Flora dentro del ámbito familiar que forman los padres y la menor. En el desarrollo argumental del motivo primero parte recurrente alega que las dos sentencias de esta sala en las que la Audiencia Provincial se apoya no contemplan supuestos similares y en el motivo segundo que las soluciones ofrecidas por esta sala no amparan una solución como la adoptada.

8. La sala dictó auto el 19 de septiembre de 2018 por el que acordó admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de doña Dulce.

9. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso de casación por entender que la sentencia recurrida no valora, de forma razonable, el interés de la menor.

Segundo. *Admisibilidad de los recursos.*

1. Cuando se plantea como cuestión a decidir el régimen de visitas y comunicaciones de menores de edad, no solo se plantea la relación, en caso de custodia monoparental, entre el progenitor no custodio y los hijos sometidos a potestad, sino también, aunque sean más excepcionales, las que reconoce el Código Civil en el art. 160, tras la reforma por la Ley 26/2015, respecto de abuelos, entre hermanos y otros parientes y allegados, siendo éstos últimos los que ocupan el centro del debate de los presentes recursos.

2. Ese derecho de visitas y comunicación, como el de guarda y custodia, y en general cuantas medidas de carácter personal afecten a los menores, viene informado por el principio favor filii o, lo que es más frecuente últimamente, por el denominado interés del menor.

Este interés, según doctrina de la sala (sentencias 566/2017, de 19 de octubre y 579/2017, de 25 de octubre, entre otras muchas), es la suma de varios factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales, que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del menor.

3. Cuando se trata, pues, de valorar el interés del menor, tiene sentado la sala (sentencia de 23 de julio de 2018, sobre guarda y custodia compartida, pero extrapolable a cualquier medida personal que afecte a menores) que el recurso de casación no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia.

El único límite de la revisión es que el citado interés no se haya respetado o que su protección sea sólo aparente, puramente formalista o estereotipada.

Por el contrario, si la sentencia refleja un riguroso estudio y análisis para indagar cual sea el interés del menor, con motivación lógica y razonable, que no significa que pueda discrepar de ella las partes o el propio Ministerio Fiscal, entonces no será posible revisar en casación las conclusiones del tribunal de apelación.

4. Corolario de lo expuesto es que no procede admitir el recurso de casación, que en esta fase procesal supone su desestimación.

Y no procede, porque la sentencia recurrida, en un estudio fáctico y jurídico de la cuestión sometida a su decisión, perfectamente ordenado y claro, ha ponderado el interés de la menor en una situación singular, pero que cada vez se va abriendo paso con más frecuencia al socaire de las nuevas realidades sociales relacionadas con el derecho de familia.

Precisamente, aunque teniendo en cuenta el resto de las pruebas obrantes en autos, el tribunal ha valorado el informe psicosocial, en el que pone el acento la parte recurrente y el Ministerio Fiscal, si bien extraen conclusiones divergentes, y aquella valoración no puede tacharse de ilógica o irrazonable.

Es cierto que el informe psicosocial afirma que la forma brusca de ruptura de relaciones de la menor Flora con el que tuvo como padre en los tres primeros años de su vida, ha sido un error, al no haberle dado tiempo para que tanto ella como su hermana de madre se adaptasen a la nueva situación.

Añade que "lo más recomendable hubiese sido darle tiempo para que puedan asimilar los cambios y construir su relación sin cortar los lazos con quien para ella era realmente su padre".

Ahora bien, una vez constatado el error cometido, en perjuicio de la menor, el informe psicosocial se enfrenta a la interrogante D) de las interesadas, que es la que afronta, de modo directo y de futuro, el interés de la menor.

Categóricamente informa: "Desde el punto de vista psicológico, la supresión radical de las visitas y comunicaciones con uno de sus principales referentes afectivos no puede suponer ninguna ventaja, sino todo lo contrario. Destacar que en la entrevista mantenida con Flora, la menor informó que no sabía por qué había dejado de acudir junto con su hermana a DIRECCION001, informándonos que tenía ganas de ir Creemos que todos los implicados deberían dejar a tras sus rencillas y problemas pensar en el beneficio de la menor, que pasa por relacionarse con todas las figuras afectas que son importantes para ella. Dicha relación debería ser, negociada y adecuada a la nueva situación".

Se observa que en ese informe se tiene en cuenta la exploración de la menor, lo que se compadece con la sentencia 18/2018, de 15 de enero, reiterada en la posterior de 6 de abril, sobre estar a la exploración llevada a cabo por un experto, que es el caso (STC 163/2009, de 29 de junio), cuando por la edad del menor no es aconsejable una exploración judicial de éste.

5. Por todo ello no puede admitirse el recurso de casación por interés casacional y, en consecuencia, tampoco el recurso extraordinario por infracción procesal, que, de otra parte, y vistos los escritos del recurso de apelación y de oposición a ésta, éste último de la parte aquí recurrente, se constata que nada de lo que es objeto del recurso extraordinario por infracción procesal se introdujo como ámbito del recurso de apelación, y de ahí, que la sentencia recurrida no se detenga en su estudio y decisión.

Por tanto, se trata de cuestiones nuevas, pues existían en la primera instancia, y, sin embargo, no se sometieron a la decisión del tribunal de apelación.

6. Lo decidido sobre ambos recursos se acomoda a lo sostenido por la sala de modo claro, en el auto de 19 de diciembre de 2018, rec. 2629/2018.

Tercero.

De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394. 1 y 398. 1 LEC, procede imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos.

F A L L O

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

1.º Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por doña Dulce, contra la sentencia de fecha 19 de enero de 2018, aclarada por auto de 1 de febrero de 2018, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, recurso de apelación núm. 872/2017, dimanante de autos de juicio sobre modificación de medidas cautelares núm. 640/2016, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de DIRECCION000.

2.º Confirmar la sentencia recurrida, cuya firmeza se declara.

3.º Imponer a la parte recurrente las costas de ambos recursos.

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

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.