

BIBLIOGRAFÍA

Libros

COLÁS ESCANDÓN, Ana María: *Relaciones familiares de los nietos con sus abuelos: derecho de visita, estancia, comunicación y atribución de la guarda y custodia (Ley 42/2003, de 21 de noviembre)*, ed. Cuadernos Aranzadi Civil, Navarra 2005, 294 pp.

La reforma del Código Civil por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, concede a Ana María Colás Escandón una magnífica oportunidad para estudiar el derecho de relación entre abuelos y nietos, que nuestro legislador reconocía, sólo de manera implícita, en el antiguo artículo 160 CC, al referirse a las relaciones personales del hijo con *otros parientes y allegados* (antiguo art. 160, párrafo segundo, CC), o en el artículo 103.1.º CC, cuando atribuía excepcionalmente la guarda y custodia de los menores a *otra persona* [distinta de los progenitores], que pasaba a ejercer a partir de ese momento funciones tutelares sobre aquéllos bajo la autoridad del juez (art. 103.1.º, párrafo segundo, CC).

Siguiendo el esquema de la reforma, por la que se modifican los artículos 90, 94, 103, 160 y 161 CC, así como el artículo 250 LEC., la autora divide su monografía en dos grandes bloques precedidos de una introducción, que se encuentran dedicados respectivamente al derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos y a la atribución de la guarda y custodia de éstos a favor de aquéllos. El primero de ellos constituye el objeto del capítulo II, y el régimen de guarda y custodia –previsto inicialmente para situaciones de crisis matrimonial, aunque extensible, a juicio de la autora, a otros supuestos que exijan que los menores queden bajo el amparo de sus abuelos– es examinado con amplitud en el capítulo II de la monografía. Los dos últimos capítulos están dedicados, en cambio, al estudio de los ordenamientos forales y del Derecho extranjero.

El capítulo II se dedica por entero a analizar el derecho que el Código Civil reconoce a los abuelos de relacionarse con sus nietos, tanto en situaciones de crisis matrimonial (arts. 90 y 94 CC) como en otras circunstancias en las que la propia guarda o el ejercicio de la patria potestad de los progenitores se hubieran visto afectados de alguna manera (arts. 160 y 161 CC).

En ambos tipos de casos se trata de garantizar a los abuelos el llamado «derecho de relaciones personales» con sus nietos, cuyo fundamento indiscutible –a juicio de la autora– es exclusivamente el interés del nieto, al que se permite comunicar y relacionarse con unas personas con las que mantiene no sólo un vínculo de parentesco sino también de afectividad, facilitándose de esta manera el desarrollo integral del menor. Este derecho de relación, de carácter personalísimo e irrenunciable (lo que no significa que sea obligatorio su ejercicio), temporal (se extingue con la llegada a la mayoría de edad del nieto o con la muerte del nieto o de los abuelos) y variable (su contenido

va a depender de las circunstancias de cada caso) guarda algunas similitudes con el derecho de comunicación y visita que se reconoce al progenitor que no ejerce la guarda en caso de separación.

No obstante, son varias las diferencias que cabe trazar entre ambas situaciones jurídicas. La primera tiene que ver con su naturaleza y fundamento: los padres no sólo tienen derecho, sino que están obligados a mantener esta relación personal con los hijos; para los abuelos, en cambio, sólo surge esta obligación cuando se adopta un acuerdo o se dicta una resolución judicial que así lo imponga. En segundo lugar, muy relacionado con lo anterior, el derecho-deber de los progenitores es de carácter imperativo, de orden público, pero no así el de los abuelos que, desgajado de cualquier relación paterno-filial, constituye un derecho independiente, como lo demuestra la circunstancia de que los padres pueden haber sido privados de la posibilidad de comunicarse con sus hijos, sin que esto afecte a sus progenitores-abuelos del menor. También respecto de la extensión del derecho se aprecian algunas diferencias, siendo mucho más amplio el de los padres, ya que las visitas constituyen en este caso un instrumento eficaz para controlar el ejercicio de la guarda por el progenitor custodio. Otras diferencias tienen que ver con la titularidad del derecho (que corresponde exclusivamente a los progenitores, en el primer caso; y a los abuelos y a otros ascendientes –como bisabuelos, tatarabuelos–, en el segundo), con el procedimiento en que se establece el derecho de cada uno o, por último, con la mayor o menor posibilidad de coerción en caso de incumplimiento (si se trata de los progenitores podrá forzarse incluso el ejercicio de las visitas siempre que ello no entrañe un riesgo para el menor).

La nueva normativa que consolida el derecho de los abuelos a relacionarse con su nieto encuentra su fundamento, según la autora, en el interés del menor, que es el que, de manera exclusiva, deberá presidir la adopción de acuerdos o medidas judiciales en esta materia. Se analizan en este capítulo segundo los diferentes puntos de vista doctrinales sobre el concepto *interés del menor*, acogiéndose una distinción entre el interés material y el moral, que en caso de incompatibilidad deberá resolverse a favor de este último en cuanto que dirigido a lograr una completa y eficiente formación espiritual, psicológica y educativa del menor. En definitiva, se separa Colás Escandón en su exposición de otras opiniones doctrinales que entienden que el derecho de visita no sólo persigue esta finalidad, sino también la satisfacción de los intereses (morales, espirituales) de los ascendientes a favor de los cuales se reconocería este derecho de relación personal.

Precisamente este planteamiento de defensa de los menores (que extiende igualmente a los nietos mayores que hayan sido incapacitados judicialmente) conduce a la autora a defender la tesis más amplia en torno a la titularidad del derecho, que no sólo atribuye a los abuelos, sino también a los nietos, que podrán acudir a la autoridad judicial, solicitando el reconocimiento del derecho y la concreción de las circunstancias en que deberá ser ejercido, incluso aunque sus progenitores se opusieran. El sujeto pasivo es tanto el nieto (o bisnieto) menor de edad como el mayor de edad incapacitado, pues, en definitiva, se trata de permitir una relación enriquecedora entre abuelos y nietos cuando éstos se hallan privados de la capacidad necesaria para decidir por sí mismos con quién trabar o no contacto. En cambio, quedan excluidos los menores emancipados dada su asimilación a los mayores de edad (art. 323 CC).

El procedimiento en el que van a determinarse estas relaciones entre abuelos y nietos es diferente según cuál sea la situación en la que se haga

necesario, a iniciativa de los interesados, un pronunciamiento de estas características. Puede distinguirse, en general, la situación de crisis matrimonial de los progenitores, el fallecimiento de uno de ellos cuando los hijos menores quedan bajo la guarda y custodia del superviviente y, por último, las situaciones de normalidad matrimonial en la que, sin embargo, la pareja (uno de los miembros o ambos) impide a los hijos relacionarse con sus abuelos. En cualquier caso, deberá darse audiencia al menor en el transcurso de las actuaciones procesales, de conformidad con el reconocimiento a éste de un cierto ámbito de decisión sobre su medio personal, familiar y social, que de una manera muy clara han plasmado los artículos 92, párrafo 2.º, 154, penúltimo párrafo, CC, y 9 LOPJ. Otra cosa será la trascendencia que haya de darse a la negativa del niño (o incapaz) a relacionarse con sus abuelos, que puede no ser definitiva para denegar a éstos la comunicación, debiendo ponderarse la edad (o incapacidad) del nieto, la concurrencia o no de justa causa que impida las relaciones, pero, sobre todo, la menor importancia que tiene este derecho frente al que ostentan los progenitores.

Las situaciones de crisis matrimonial constituyen uno de los puntos en los que ha incidido la reforma del Código Civil de 2003, al preverse la posibilidad de que los cónyuges en el convenio regulador (art. 90 CC) o la autoridad judicial en la correspondiente sentencia en defecto de acuerdo (art. 94 CC) se pronuncien sobre la relación de los nietos con los abuelos.

El artículo 90 CC prevé, efectivamente, que, al suscribir el convenio regulador –presupuesto para la admisibilidad de la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo–, los cónyuges establezcan de modo expreso un régimen de comunicación y visitas a favor de los abuelos. Según se deduce del precepto, el Juez, antes de aprobar el convenio, deberá dar audiencia a estos ascendientes solicitándoles asimismo su consentimiento. Dado que el derecho de relación de los nietos con sus ascendientes (abuelos y bisabuelos) se concibe en beneficio exclusivamente del menor, este consentimiento se interpreta por la autora como un presupuesto para el reconocimiento y la aprobación de las condiciones concretas de ejercicio de esta comunicación. En caso de negativa por parte de los abuelos a ejercerlo, o de incumplimiento de los términos del convenio por ellos autorizado, deberá denegárseles este ejercicio en razón de que el derecho tiene como base la existencia de una relación de afectividad y un interés por parte de aquéllos que, si resulta inexistente, dejará desprovisto de fundamento su ejercicio, amén de las sanciones que serán aplicables a aquéllos.

Junto a él, el artículo 94 CC prevé el establecimiento de medidas similares, si el juez lo considera oportuno («podrá determinar...»), durante el propio procedimiento de separación, nulidad o divorcio, en el que deberá darse audiencia a los abuelos (junto con los progenitores, tal y como se deduce de la misma norma), y recabarse su consentimiento sobre las condiciones y modo de ejercicio del propio derecho, teniendo la negativa de aquéllos a relacionarse con sus nietos las mismas repercusiones expuestas con anterioridad. La autora se hace eco de las numerosas críticas que la doctrina ha vertido en torno a este precepto que no explicita el trámite procesal concreto en el que deberá darse audiencia a los abuelos.

La relación entre nietos y abuelos puede solicitarse también al margen del procedimiento de crisis matrimonial de la pareja, cuando alguno de los cónyuges o ambos conjuntamente se oponen a la relación de sus hijos con sus abuelos, o simplemente ésta no tiene lugar por dejadez. A estas situaciones pueden asimilarse también las de ruptura de la pareja de hecho, a la cual no

es aplicable la normativa sobre convenios reguladores o medidas de crisis conyugal, así como los casos en los que fallece uno de los miembros de la pareja, produciéndose el mismo resultado (querido o no por el progenitor supérstite) de que los hijos dejen de relacionarse con sus abuelos.

En este segundo tipo de supuestos las vías de establecimiento o reanudación de estas relaciones son también la convencional y la judicial. Los convenios que los padres (o uno solo de ellos, si se tratara del viudo o viuda) puedan suscribir con los abuelos constituyen la primera fuente de regulación. Sólo en caso de que no se hubiera llegado a un acuerdo podrán éstos (o el menor, representado o no por un defensor judicial, según los casos) acudir ante la autoridad judicial solicitando el reconocimiento de un derecho a relacionarse en virtud de lo dispuesto en el artículo 160, párrafo segundo, CC. Incluso es posible que esta misma decisión se adopte en caso de acogimiento del menor por terceras personas, de conformidad con el artículo 161 CC, siempre que el Juez lo juzgue beneficioso para aquél, analizando las circunstancias concurrentes en cada supuesto. El instituto de la mediación familiar podría constituir en este sentido un instrumento útil para el logro de estos acuerdos sin necesidad de acudir ante la autoridad judicial (excepción hecha de aquéllos que pretendan resolverse con arreglo a la Ley gallega de mediación, que restringe su ámbito de la pareja y de las relaciones paterno-materno-filiales).

Tras esta disertación llega la autora a uno de los núcleos esenciales de su exposición que es el contenido de este derecho a las relaciones personales entre abuelos y nietos.

El concepto legal –reflejado en el art. 160 CC– es deliberadamente ambiguo, pues se trata de abarcar situaciones muy diversas que conformen diferentes contenidos para este derecho según las circunstancias concretas de cada caso (art. 160, párrafo 3.º, CC). El criterio clave para dotar a este derecho de unas facultades u otras habrá de ser, como siempre, el interés del nieto. Así, en el caso de las visitas puede abarcar desde la simple ida del nieto a casa de sus abuelos o la venida de éstos al domicilio del menor (o en un punto de encuentro familiar si existieran causas que así lo aconsejaran) hasta la pernocta de éste en casa de aquéllos. La facultad de comunicación incluiría no sólo el derecho a conversar directa y personalmente por teléfono o videoconferencia, sino también a intercambiar correspondencia escrita, ya sea por vía postal ordinaria o empleando los nuevos medios técnicos como el fax o el correo electrónico. Una y otra facultad deberán ser ejercidas en los términos del convenio o de la sentencia judicial, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, sin incurrir en abuso de derecho y respetándose en el caso de las comunicaciones el derecho de intimidad recogido en el artículo 18 CE. No obstante, en el caso de que el ejercicio de estas facultades estuviera resultando perjudicial para el menor, podrá acudirse al juez para que deniegue, suspenda o modifique los términos de la relación entre abuelos y nietos, si entendiera acreditada una justa causa. Entre las obligaciones que asumen los abuelos está la de perseguir el interés del nieto, recoger y entregarlo en el lugar y momento establecido, correr con los gastos de desplazamiento, respetar los términos en que se haya establecido el derecho de comunicación o visita y cuidar del menor. Sobre este deber de cuidado construye la autora un supuesto más de responsabilidad por hecho ajeno de los abuelos por los daños causados por los nietos a terceros durante el transcurso de la visita (art. 1903, párrafo 2.º, CC, por analogía: *culpa in vigilando*).

Este derecho de relación personal entre abuelos y nietos debe subsistir, según Colás Escandón, incluso en los casos en que el nieto está en situación de guarda

de hecho, de acogimiento (con base en el art. 161 CC y en la interpretación amplia del art. 173.2.3.ª, tras la reforma del Código Civil por Ley 42/2003, de 21 de noviembre, aunque con matizaciones según el tipo de acogimiento – simple o preadoptivo– y, sobre todo, las circunstancias del caso) o de adopción (con base en el derecho de relación con los *allegados* a que se refiere el art. 160 CC, aunque aplicándolo con suma precaución en atención a lo dispuesto en el art. 178 CC). También, como es lógico, cuando los nietos sean el fruto de una convivencia *more uxorio* de sus progenitores, ya que lo contrario implicaría una discriminación prohibida por el artículo 39 CE, que prevé la protección de la familia con independencia de su origen matrimonial o extramatrimonial.

La actitud impeditiva de los progenitores del menor o incapaz al ejercicio por los abuelos de éste de su derecho a relacionarse con su nieto podrá dar lugar a un cambio en el régimen de comunicación y visitas inicialmente acordado (para lo cual podrá acudir a la autoridad judicial), a una indemnización de daños y perjuicios *ex* artículo 1101 CC si las condiciones de ejercicio de este derecho se hubieran establecido en convenio y, en último término, a una responsabilidad extracontractual de los padres frente al hijo por el daño moral causado. En cambio, no se trata de una causa que pueda dar lugar a la privación de la patria potestad, pues impedir la relación de sus hijos con sus abuelos no constituye un incumplimiento grave de los deberes inherentes a aquélla.

Si la negativa procede del propio nieto, por una mala relación que éste pueda tener con sus abuelos, no deberá imponerse a aquél –se considere justificada o no la negativa– una comunicación y visitas que han sido previstas por el legislador exclusivamente en su interés. Otra cuestión es si esta negativa podrá tener alguna sanción de carácter patrimonial, como puede ser el constituir causa de indignidad, desheredación o de extinción de la obligación de alimentos, a lo que parece que, en principio, atendiendo a la literalidad de preceptos como los artículos 756, 823, 824 y 152 CC, habría que responder en sentido negativo. De *lege ferenda*, no obstante, la autora propugna la solución contraria, siempre que la negativa del menor o incapaz no se debiera a justa causa.

Cuando sean los abuelos los que se nieguen al ejercicio de este derecho (no prestando su consentimiento a la medida pactada en el convenio por los progenitores de su nieto o a la que adopte el juez en el procedimiento de crisis matrimonial) o incumplan su contenido una vez determinadas las condiciones en que aquél debía ser ejercido, las sanciones que corresponderá aplicarles, ante la ausencia de declaración legal, son también –como en el caso de los padres– el sistema de multas coercitivas propias de la ejecución forzosa de una obligación de hacer personalísima (art. 776.2 LEC), la responsabilidad contractual del artículo 1101 CC (cuando el derecho de relación se hubiera establecido en el convenio regulador o en otra clase de acuerdos), la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC por daños morales a su nieto y, de *lege ferenda*, la indignidad, desheredación y la de constituir una causa lícita para denegar –el nieto– derecho de alimentos a sus abuelos en caso de necesidad de éstos. Pero en ningún caso debería imponérseles a la fuerza una relación con sus nietos, no sólo porque desde un punto de vista jurídico esta obligación sería incoercible, sino porque además generaría unas relaciones tensas entre ellos que en nada beneficiarían los intereses del menor o incapaz. La modificación en sentido reductor o incluso la suspensión de este derecho parece una alternativa más viable. Para alguna doctrina no cabría descartar tampoco alguna sanción de tipo penal (delito de desobediencia grave a la autoridad, art. 556 CP/1995), hipótesis que rechaza la autora por entender que el inicio de un procedi-

miento de estas características contra sus padres o abuelos podría resultar todavía más perjudicial para el menor.

La modificación, suspensión o extinción del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos es una de las medidas ante la falta de ejercicio o, al contrario, el ejercicio inadecuado de estas facultades por parte de aquéllos.

La modificación no tiene necesariamente un contenido reductor. Al contrario, puede tener el efecto inverso cuando se hubiera producido una mejora en las relaciones entre abuelos y nietos que justificaran una intensificación de las relaciones entre ellos (por ejemplo, de un simple derecho de comunicación a uno de visitas, que podría llegar a incluir la pernocta del nieto en casa de sus abuelos) o un aumento de la edad de éste. La reducción de las facultades inherentes a este derecho puede venir motivada, en cambio, por un empeoramiento de las relaciones o por un incumplimiento de las obligaciones derivadas del régimen de las relaciones personales.

La suspensión ha de producirse en concurrencia de una justa causa (igual que la denegación de este derecho a los abuelos que lo reclamasen), que habrá de ser probada ya que el legislador parte de la presunción de que las relaciones entre nietos y abuelos son beneficiosas para aquéllos (art. 160, párrafo 2.º, CC). La autora realiza un minucioso examen en el capítulo segundo de lo que constituyen justas causas para la (denegación) suspensión de la relación nietos-abuelos, con abundante cita de resoluciones de nuestros tribunales. Entre ellas menciona: los malos tratos físicos o psíquicos inflingidos al nieto por los abuelos o viceversa, la injerencia de los abuelos en el ámbito de la patria potestad de los progenitores de sus nietos, malas relaciones existentes entre el nieto y sus abuelos, situaciones de drogodependencia o alcoholismo de los abuelos (siempre atendiendo a las circunstancias de cada caso, que normalmente no impedirán al menos el derecho de comunicación) o de alguna persona de su entorno (en este último caso, siempre que conviva con ellos, y sin que ello pueda impedir el derecho de comunicación o el de visitas si se ejerce en lugar distinto al del domicilio de los abuelos), el padecimiento de una enfermedad infecciosa por los abuelos o personas de su entorno que entrañe riesgo de contagio para el menor, la enfermedad mental de los abuelos (si es temporal –v. gr. una depresión– la suspensión también será provisional hasta la remisión de la enfermedad), el peligro de que el contacto con los abuelos impida la recuperación psicológica del nieto, el riesgo probado de que el nieto pueda ser sustraído por sus abuelos (art. 158.3.º, CC), el incumplimiento grave y reiterado por parte de los abuelos de los términos establecidos para el ejercicio de su derecho a las relaciones personales o la negativa del nieto a relacionarse con sus abuelos (en contra de alguna resolución judicial, la autora es más partidaria en este caso de suspender temporalmente el ejercicio de este derecho e ir introduciendo paulatinamente la comunicación entre ambas partes a través de cartas, llamadas de teléfono, etc.).

En cambio, considera que no lo son, entre otras, las malas relaciones entre los abuelos y los progenitores del nieto (en interés del menor no deben considerarse justa causa, aunque sí pueden servir para modular el ejercicio de este derecho: fijación de un lugar neutro para las visitas del menor, presencia de profesionales que impidan la influencia negativa sobre el menor, etc.), la simple oposición de los progenitores a que tenga lugar esta relación salvo que esté justificada, el riesgo de que el nieto pueda tener contacto con su progenitor al relacionarse con sus abuelos cuando existe una resolución judicial que restrinja o suspenda las relaciones del hijo con aquél, la falta de

relaciones anteriores entre los abuelos y el nieto o el nuevo matrimonio o unión de hecho de los abuelos.

Por último, defiende la autora que la extinción del derecho, entendida como suspensión definitiva de esta facultad, no es posible, dado el carácter inalienable que posee este derecho (en razón de los especiales intereses que atiende), la falta de previsión legal expresa y la no presunción o interpretación amplia de las limitaciones legales. La búsqueda de la protección de los intereses de los nietos conduce a una mera supresión temporal de este derecho, que, por idénticas razones, no está sometido a un plazo de prescripción o caducidad y es irrenunciable por sus titulares. No obstante, sí constituyen causas de extinción –según Colás– la mayoría de edad, emancipación o recuperación de la plena capacidad por parte del nieto, la muerte o declaración de fallecimiento de éste o de sus abuelos (de ambos, porque si es sólo uno el superviviente seguirá disfrutando de este derecho).

En las últimas páginas del capítulo segundo se estudian los aspectos procedimentales de este derecho de comunicación y visitas, tanto si se hace valer en vía contenciosa como si se acuerda voluntariamente, con ayuda de un mediador familiar (para lo cual se remite al estudio sobre la mediación familiar en la composición de conflictos por el derecho de comunicación y visita de abuelos y nietos recogido en las páginas 89 a 96 de su monografía).

La Ley 42/2003, de 21 de noviembre, ha reformado también la Ley de Enjuiciamiento Civil, añadiendo un nuevo ordinal –el número 13, aunque en su artículo 2 aquella se refiere al ordinal 12– al artículo 250, que establece la tramitación por los cauces del juicio verbal de las demandas que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 CC, con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I del título I del libro IV de esta ley. El reconocimiento de las relaciones abuelos y nietos durante la crisis de la pareja se establecerán en el correspondiente convenio regulador aprobado por el juez o se adoptarán en defecto de éste en la sentencia que resuelva el procedimiento matrimonial de que se trate (nulidad, separación o divorcio) como una incidencia más de éste. Si estas relaciones se adoptan como una medida provisional del artículo 103 CC, deberá estarse al procedimiento contemplado en los artículos 771 y 773 LEC, dependiendo del momento procesal en que se adopten.

Las sentencias que se pronuncien sobre el derecho de relación del artículo 160 CC serán ejecutables provisionalmente (art. 525 LEC, *a contrario*); en cambio, no lo serán, por aplicación del mismo precepto, las recaídas en un procedimiento que resuelva una crisis matrimonial que contenga también un pronunciamiento sobre el derecho de comunicación y visita de los abuelos y nietos.

El capítulo tercero está dedicado a la atribución de la guarda y custodia del nieto a los abuelos en situación de crisis matrimonial que, como una medida provisional en los procedimientos de separación, nulidad o divorcio, prevé el reformado artículo 103 CC.

En su dicción anterior el precepto contemplaba la posibilidad de atribuir excepcionalmente la guarda y custodia de los hijos a otra persona distinta de sus progenitores y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndole unas funciones tutelares que deberían ser ejercitadas bajo la autoridad del Juez. En su vigente redacción la norma concreta las personas sobre las que puede recaer este nombramiento, que serán los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieron. Sólo de no haberlos recaerá el encargo tutelar –no necesariamente identificable con la constitución de este cargo, que implicaría la privación de la patria potestad de los padres, sino más bien con la atribu-

ción temporal de la guarda y custodia del menor— sobre una institución idónea. En el modo en que estas funciones tutelares habrán de ser ejercidas no existe variación alguna respecto de la redacción anterior.

La medida —que podrá adoptarse, por razones de analogía, también en la sentencia que ponga fin al procedimiento— es absolutamente excepcional en cuanto que limitativa del ejercicio de la patria potestad de los progenitores del nieto, y ha de venir presidida —como las anteriores sobre la fijación del derecho de comunicación y visita de abuelos y nietos— por el interés del menor. Aunque en el artículo 103 CC se circunscribe su aplicación exclusivamente a los procedimientos de crisis matrimonial —en concreto, como medida provisional dentro de los mismos— la autora es partidaria de que puedan adoptarse medidas similares de atribución a los abuelos de la guarda y custodia de los menores en otras circunstancias, aunque siempre de manera excepcional y cuando el interés del menor así lo exigiera (no en vano, el art. 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los niños y las niñas establece que éstos no serán separados de sus padres salvo excepción).

Estas circunstancias pueden ser el desamparo del menor, la convivencia del progenitor con otra persona, la enfermedad o drogodependencia de los padres, la ausencia de los progenitores, los malos tratos, la inducción a realizar actos inmorales o ilícitos, el ingreso en prisión del progenitor o el peligro de que el progenitor cometa con su hijo el mismo delito del que está penalmente acusado (por ejemplo, abusos sexuales).

Huyendo del casuismo extremo, Colás Escandón estima que, en general, las mismas causas de privación de la patria potestad podrían justificar la atribución de la guarda y custodia a los abuelos, aunque aquéllas no hubieran motivado tal privación efectiva, ya que la atribución a los abuelos de la guarda y custodia no implica necesariamente la privación a los progenitores de su patria potestad. Esto significa que los padres seguirán teniendo respecto a sus hijos el deber de velar por ellos (que comprende la adopción de decisiones sobre intervenciones médicas o quirúrgicas de importancia, salvo que medie situación de urgencia —*arg.* art. 156, párrafo primero, *in fine* CC—), tenerlos en su compañía (aunque entendido aquí, por aplicación analógica del art. 94.1 CC, como un derecho de visita, comunicación y estancia, que el juez deberá acordar, atendidas las circunstancias, si así se lo solicitasen), prestarles alimentos (sin que quepa en este caso la opción del art. 149), educarles y procurarles una formación integral (les incumbirá la toma de decisiones que no tengan que ver con la vida ordinaria de los menores —horarios de sueños, tareas escolares, etc.—, que corresponderá a los abuelos como guardadores), representarlos y de administrar sus bienes (de nuevo debe distinguirse entre lo que son actos de disposición o de administración que entrañen cierto riesgo, que estarán a cargo de los padres, y los actos de administración ordinaria —como reparaciones o ingresos bancarios—, que corresponderá efectuar a los abuelos).

La existencia de varios abuelos plantearía la cuestión de a cuál de ellos —paternos o maternos— atribuir la guarda o custodia en esas circunstancias excepcionales que recomienden sustraer a los hijos del cuidado de sus padres. La falta de indicación legal expresa obliga a una labor de integración normativa que la autora resuelve a través de varios criterios generales (no debe predominar ninguna de las dos ramas sobre la otra, ni el estado civil —divorciado, separado, soltero, viudo— de alguno de estos ascendientes, ni cabrá repartir la guarda y custodia entre ellos, sin que esto implique privar a ninguno de un derecho a relacionarse con su nieto), aunque señalando que serán en

todo momento las circunstancias particulares de cada caso las que deberán impulsar al juez a decidir en un sentido u otro.

El artículo 103.1.^a, párrafo segundo, CC condiciona la atribución de la guarda y custodia de los menores a los abuelos a que éstos presten su consentimiento, lo que se justifica por la autora en razón del carácter más drástico de esta medida (frente al derecho de comunicación y visita) y la analogía con lo dispuesto en el artículo 173.2 CC en materia de acogimiento.

La atribución de esta guarda y custodia motivará –como en el supuesto del derecho de visita– que los abuelos guardadores respondan por los daños que causen sus nietos a terceros con base en los criterios de la culpa *in educando e in vigilando* que se deducen del espíritu y finalidad del artículo 1903 CC.

Esta guarda y custodia de los abuelos se extinguirá por muerte o declaración de fallecimiento del nieto, por muerte o declaración de fallecimiento de los abuelos guardadores (si fallece uno de ellos deberá volver a analizarse judicialmente la idoneidad del supérstite para llevar a cabo esta guarda individual), cese de la causa que motivó la adopción de esta medida, finalización del plazo establecido en la resolución judicial (si no se hubiera fijado ninguno deberá revisarse la oportunidad de la guarda transcurridos dos años por aplicación analógica del art. 156 CC) o renuncia de los abuelos.

El capítulo IV de la monografía está dedicado a las relaciones entre abuelos y nietos en los ordenamientos forales (que contemplan disposiciones que propician las relaciones entre ambos parientes –art. 135 del Código de Familia de Cataluña– o incluso la atribución de la llamada autoridad familiar a los abuelos en caso de fallecimiento o privación de la misma a los padres –art. 10 de la Compilación aragonesa–) y el V, último de la monografía, a un examen de esta misma cuestión en el Derecho comparado –ordenamientos francés, italiano, inglés, alemán y norteamericano–, para llegar a la conclusión de que sólo en algunos de estos sistemas jurídicos se reconoce expresamente un derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos.

Nieves MORALEJO IMBERNÓN
Universidad Autónoma de Madrid

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Prólogo del Profesor V. L. Montés, ed. Revista de Derecho Patrimonial, Monografías, Navarra 2004, 306 pp.

El autor de este libro no es, desde luego, desconocido en el ámbito de la más joven y prometedora civilística española. El Dr. De Verda y Beamonte, en la actualidad Profesor Titular de Derecho civil en el Departamento de Derecho civil de la Universitat de Valencia (Estudio General), viene ocupando ya, por derecho propio, un lugar destacado en ese ámbito. A la monografía objeto de este comentario, han precedido otros dos libros, asimismo excelentes, amén de un considerable número de artículos y comentarios jurisprudenciales, que han ido poniendo de manifiesto –según juicio adelantado, tiempo ha por voz más autorizada que la mía, y que suscribo *en su integridad*– que nos hallábamos «*ante un profesor dedicado y más que solvente*» (*Prólogo de*