



Roj: **STS 3154/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3154**

Id Cendoj: **28079110012018100493**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2018**

Nº de Recurso: **4860/2017**

Nº de Resolución: **492/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 492/2018**

Fecha de sentencia: 14/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4860/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRANADA SECCIÓN QUINTA.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: AAV

Nota:

CASACIÓN núm.: 4860/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 492/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 14 de septiembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Susana , representada por la procuradora doña Margarita Sánchez Jiménez, bajo la dirección letrada de don Javier López García de la Serrana, contra la sentencia dictada con fecha 13 de octubre de 2017 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada en los autos de juicio de medidas paterno filiales n.º 546/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Motril. Ha sido parte recurrida don Pedro Francisco , representado por la procuradora doña Antonia Abarca Hernández, bajo la dirección letrada de don Juan José Rodríguez Rodríguez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.º-** El procurador don Gabriel Francisco García Ruano, en nombre y representación de doña Susana , interpuso demanda de juicio verbal sobre adopción de medidas, contra don Pedro Francisco y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1.- Atribuir la guarda y custodia de la menor Andrea a su tía paterna DOÑA Susana , que es quien de hecho y de manera continuada la viene ostentando desde el fallecimiento de su madre, doña Aurelia .

»2.- Establecer a cargo del demandado una pensión de alimentos para su hija, de carácter mensual, a satisfacer por meses anticipados dentro de sus cinco primeros días, a ingresar en la cuenta que a tal efecto se designe, que deberá actualizarse anualmente conforme al IPC cada primero de Enero, dejando la determinación de la cuantía de la misma al arbitrio del Juzgado.

»3.- Fijación a favor del padre, si así lo solicitare, de un régimen de visitas para relacionarse con su menor hija, debiendo recogerla y reintegrarla en el domicilio de su Doña Susana ».

**2.º-** El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

**3.º-** La procuradora doña Antonia Ángeles Abarca Hernández, en nombre y representación de don Pedro Francisco , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«se desestimen todas y cada una de las pretensiones deducidas de contrario, y en su lugar se establezca:

»1.º- El mantenimiento de la guarda y custodia del padre sobre la menor Dulce .

»2.º- La revocación de la guarda de hecho otorgada a la señora Susana a través del acta de manifestaciones señalada en el cuerpo de este escrito y aportada en al documental contraria.

»3.º- La entrega de la menor a su padre.

»4.º- La condena en costas a la parte demandante en virtud del principio de vencimiento».

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Motril, dictó sentencia con fecha 4 de noviembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando la demanda de determinación de guarda y alimentos de menor promovida por el Procurador Sr. García Ruano, en nombre y representación de doña Susana contra D. Pedro Francisco , y en el que es parte el Ministerio Fiscal, acuerdo con carácter definitivo las siguientes medidas:

»1. Se atribuye la guarda y custodia de la menor Andrea , a su tía paterna doña Susana quien de hecho y de manera continuada la viene ostentando desde el fallecimiento de su madre doña Aurelia .

»2. En concepto de pensión alimenticia a favor de la hija menor, el padre D. Pedro Francisco , abonará la cantidad mensual de 300 €,trescientos euros, debiendo hacerlo los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que a tal efecto designe la Sra. Susana administradora de la misma, cantidad que será actualizada anualmente

según las variaciones al alza del IPC., que publique el INE u organismo que lo sustituya.

»3. Se establece a favor del padre de la menor D. Pedro Francisco , el régimen de visitas progresivo establecido en el informe psicosocial de fecha 05/10/16, que mediante copia testimoniada en dicho particular formará parte de la presente resolución»

»4. No se hace especial pronunciamiento sobre costas».



**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Pedro Francisco . La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Pedro Francisco , a través de su representación procesal, contra la sentencia de fecha 4 de noviembre de 2016, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Motril , en autos nº 546/2015, con estimación, también parcial, de la impugnación deducida por Da Susana , a través de su representación procesal, debemos revocar y revocamos la resolución apelada; acordando, en su lugar, la atribución definitiva de la guarda y custodia de la menor Andrea a su progenitor, don Pedro Francisco , con previa observancia de las siguientes medidas y duración que, transitoriamente, se establecen para asegurar la adaptación de la menor al restablecimiento de las relaciones personales propias del ejercicio de la patria potestad en beneficio del apelante:

»La menor seguirá bajo la guarda y custodia de su tía paterna, Da Susana , hasta el comienzo del curso escolar 2018/2019, momento en que se producirá la plena consolidación de la facultad de tenerla en su compañía.

»Hasta entonces, se reconoce el siguiente régimen de visitas y estancias a favor del padre:

»Todos los fines de semana, desde las 20 horas del viernes, con recogida en el domicilio de la tía paterna, hasta el lunes, con entrega de la menor en el centro escolar.

»La tarde de los miércoles, con pernocta, desde la salida del centro escolar, donde la recogerá, hasta la mañana del jueves con entrega de la menor en dicho centro.

»La totalidad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, con entrega y recogida en el domicilio de la tía paterna.

»La totalidad de las vacaciones de verano, que comprenderá desde el comienzo de las vacaciones escolares, a excepción de la segunda quincena de julio, en que la actora, Da Susana , podrá tenerla en su compañía, desde las 20 horas del día 15 hasta las 20 horas del día 31, con recogida y entrega en el domicilio paterno.

»Dicho régimen de estancia, expirará el 31 de julio de 2018, momento a partir del cual la menor pasará a estar en la compañía exclusiva de la menor».

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Susana con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Infracción del artículo 92 CC y de las sentencias de esta Sala 13/2/2015 , de 10/12/2012 y 31/1/2013 . Segundo.- Artículo 477.3. de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Se justifica el interés casacional al entender que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales: sentencia A.P de Granada de 24/02/2017 ; A.P de Cádiz 26/6/2013 y de 14/10/2014 .

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 14 de marzo de 2018 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Antonia Ángeles Abarca Hernández, en nombre y representación de Pedro Francisco , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación del mismo.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de julio de 2018, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La demandante, tía paterna de la menor, solicitó la guarda y custodia de su sobrina, Andrea , de cinco años de edad, hija de su hermano y de doña Aurelia , fallecida el 24 de agosto de 2012, con el argumento de que se ha hecho cargo de la niña desde que a su madre le diagnosticaron el cáncer que determinó el fallecimiento.

El demandado, padre de la niña, se opuso a la demanda. Niega haber desatendido a su hija y a sus gastos, estando en condiciones de hacerse cargo de la misma, pese a no haberla visto en los últimos meses por impedírselo su hermana.

La sentencia del juzgado atribuyó la guarda y custodia de su hija menor a la tía paterna y fijó alimentos a cargo del padre por importe de 300 euros al mes, así como un régimen de visitas progresivo, de acuerdo con el informe psicosocial y del Ministerio Fiscal. Atiende para ello a la situación de guarda de hecho prolongada,



a la posibilidad de atribuir la guarda y custodia a quien no ostenta la patria potestad y a que, de acuerdo con el resultado del informe psicosocial, considera que es lo más beneficioso para la menor; atribución, dice, que «no tiene que suponer ni situación de desamparo, ni privación de la patria potestad, no interesada por nadie, al no existir el menor indicio para ello». Fija, además, un régimen de visitas progresivo a favor del padre y en beneficio de la menor, recogido en el informe psicosocial.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia y atribuyó de forma definitiva la guarda y custodia de la niña a su padre, estableciendo un sistema transitorio que permita a su hermana, tía de la niña, continuar en la guarda y custodia hasta el comienzo del curso escolar 2018/2019, momento en el que se consolidará definitivamente la guarda y custodia del padre. Fija, además, hasta ese momento, un régimen de visitas progresivo para el padre, con elevación de los alimentos a la cantidad de 500 euros, hasta el 30 de junio de 2018, y ordena dar conocimiento de dicha situación a la Entidad Pública, a los efectos del artículo 13 LOPJ .

Esta sala, señala, «no puede sino atenerse al criterio de la falta de legitimación de cualquiera de los restantes parientes del menor para ser sujeto de la atribución de la guarda y custodia, al fallecimiento de uno de los progenitores, en este caso la madre, mientras subsiste la patria potestad del otro progenitor. Más aún cuando, en el presente caso, de la prueba de informe psicosocial, se resulta la constatación de habilidades y aptitudes por parte del padre para su ejercicio en forma satisfactoria. Sin que se haya demostrado la concurrencia de riesgo alguno para la menor, más allá de la evidente disfunción transitoria consistente en la falta de relación del progenitor durante el último año, envuelta en el conflicto que le enfrenta con su hermana, ejerciente de la guarda de hecho, como reconocen ambas partes».

**SEGUNDO.-** La parte demandante formula recurso de casación en interés casacional, por vulneración de la doctrina de esta sala y porque existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Cita como infringidos los artículos 92 , 103 y 156.4 del CC e invoca la primacía en casos como el enjuiciado del interés del menor.

Se va a estimar, como así lo interesa el Ministerio Fiscal.

1. Las relaciones de familia, por su especial naturaleza, requieren un tratamiento susceptible en algunos casos de una interpretación conjunta y armónica de las normas que rigen los derechos y obligaciones de quienes la integran. No se trata de desconocer la ley sino de aplicarla conforme a su finalidad y principios fundamentales que la integran con especial preminencia del interés superior del menor que, como estatuto jurídico indisponible de los menores de edad ( sentencia TC 141/2000, de 29 de mayo ), se debe tener en cuenta en todos los procedimientos que los afectan, valorando para ello todos los datos que resulten de la prueba, conforme a los criterios expresados en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de protección jurídica del menor, en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.

Ocurre en este caso que el recurrido, que es padre biológico de la menor, quiere serlo de una forma efectiva, asumiendo su custodia que, de hecho, no la tiene en este momento, y así se lo reconoce la sentencia, a partir de una interpretación automática del artículo 156. 4 del CC , porque considera que al no estar privado de la patria potestad, le corresponde su atribución, descartando que sea de aplicación el artículo 103 del CC , que, en sede de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio, permite excepcionalmente que los hijos puedan ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez; precepto al que la sentencia que atribuye carácter de provisionalidad. La recurrente, en cambio, se hizo cargo de la niña antes del fallecimiento de su madre y ha mantenido hasta la fecha esta convivencia continuada, que ha sido y sigue siendo muy beneficioso para la menor, en la que la tía aparece como su principal referencia, lo que aconseja su mantenimiento, según los informes emitidos.

2. Una solución como la que propone la sentencia recurrida, prescinde, de un lado, de analizar si las circunstancias actuales son compatibles con su desarrollo integral y la incidencia que va a suponer la recuperación de la custodia por el padre, teniendo en cuenta su edad y el tiempo de convivencia con su tía paterna, con la que la propia sentencia reconoce que está perfectamente integrada, y dejaría, de otro, expuesta a la niña a una situación de incertidumbre, al menos hasta que la situación se reconduzca, como sería deseable, a partir de una mayor relación del padre con su hija, que se debe propiciar, pero que, en ningún caso se puede referenciar a una fecha determinada, dando por supuesto que transcurrido un periodo transitorio las cosas serán de otra manera.

3. Este proceso de integración que la proteja debe abordarse desde la situación actual de la tía como guardadora de hecho y del interés de la menor, y no desde la condición de padre biológico titular de la patria potestad, al menos hasta que se consolide el cambio, para evitar dañar a la niña. El interés del menor no crea ni extingue por si solo relaciones propias de la patria potestad, pero sirve para configurar determinadas



situaciones, como la que aquí se enjuicia, teniendo en cuenta que la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la patria potestad está pensada y orientada en beneficio de los hijos, y que en estos momentos, quien la ostenta en exclusiva, por el fallecimiento de la madre, no está en condiciones de hacer efectiva una de las medidas que la integran, como es la guarda y custodia de la hija; beneficio de los hijos que, como dice la sentencia 128/92, de 12 de febrero, se propugna igualmente en los artículos 92 y 159 del Código, y aunque esos preceptos presupongan que viven ambos cónyuges, ello no es óbice para ser tenidos en cuenta como un fundamento más en punto a la aplicación de medidas correctoras de la patria potestad, en determinados casos.

4. Este supuesto no es nuevo ni en la ley ni en la jurisprudencia de esta sala:

(i) La sentencia 679/2013, de 20 de noviembre, atribuye la guarda y custodia de una niña a quien impugnó la paternidad a través de los artículos 103,1ª, prr.2 y 158, ambos del Código Civil, y artículo 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, con funciones cuasi tutelares, «y ello precisamente por el interés público que informa en estos procedimientos con relación a los hijos menores de edad, conforme a la normativa citada, aunque excedan de las relaciones paterno filiales. Dice el primero de ellos, que "excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez". Esta medida, no está contemplada entre las que pueden adoptarse en el artículo 92 del CC con carácter definitivo en los procesos matrimoniales. Sin embargo, ningún problema plantea el que, con relación a la patria potestad, y en la interpretación del artículo 92, a la que se refiere este artículo, se pueda instaurar este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de este interés; sin perjuicio de que la medida que se acuerda pueda ser revisada cuando se acredite el cambio de la situación de hecho y las nuevas circunstancias que permitan otra distinta que conjugue todos los intereses en juego».

(ii) La sentencia 47/2015, de 13 de febrero admite la posibilidad de atribuir la guarda y custodia de un menor a personas distintas de sus progenitores (la tía paterna), por las especiales circunstancias que han rodeado la vida y crecimiento del niño, cuyo madre asesinó a su padre. Lo que debe primar, se dice, es el interés del menor en el marco de unas relaciones familiares complejas.

(iii) La sentencia 582/2014, de 27 de octubre, sobre guarda de hecho, interpretada bajo el principio del superior interés del menor, establece la doctrina siguiente: «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

(iv) En estas circunstancias, la guarda de la niña por su tía impone a aquella el deber de injerencia en la esfera jurídica de esta mientras sea necesario para a su interés, con las únicas limitaciones que derivan de la función que desempeña, en la forma que autorizan los artículos 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y 303 del Código Civil, con la garantía que proporciona la intervención del Ministerio Fiscal, cuyo Estatuto (artículo 3.7) le impone, como defensor del superior interés del menor, «asumir o en su caso promover la representación en juicio y fuera de el de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos, así como promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores y desvalidos».

Y así lo hizo la recurrente mediante la formulación de la demanda para regularizar esta relación de hecho y ahora formulando el pertinente recurso de casación.

**CUARTO.**- La menor, en definitiva, ha tenido, y sigue teniendo, un entorno estable y seguro con su tía lo que ha posibilitado la creación de unos vínculos afectivos muy distintos de los que existen con su padre, como ha puesto en evidencia la prueba practicada, expresiva de la falta de capacidad del progenitor superstite para atender adecuadamente a la niña, dada su edad, de su trabajo y de las demás cargas familiares, al margen de los de su hija. estando los derechos del padre debidamente protegidos con las visitas y comunicaciones, a partir del régimen progresivo establecido en la sentencia del Juzgado, que, asumiendo la instancia, se ratifica únicamente en lo que se refiere a la guarda de la menor y régimen de visitas a favor del padre dirigido a la plena adaptación de la hija al entorno paterno y, acordar, en su vista, el posible reintegro bajo la custodia del padre.

Se mantiene, no obstante, el acuerdo de la recurrida de dar cuenta de oficio a la entidad pública territorialmente competente de la situación de la menor por las medidas que se acuerdan, a los fines del artículo 13.1 de la LOPJM y efectos que procedan, al no estar el padre privado de la patria potestad sobre su hija.



**QUINTO.-** La estimación del recurso supone casar en parte la sentencia recurrida y, de conformidad con lo razonado, estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Susana ; sin hacer especial imposición de las costas causadas en ninguna de las instancias y del recurso formulado, de conformidad con el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

#### **FALLO**

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación formulado por la representación legal de Doña Susana , contra la sentencia de 13 de octubre de 2017 de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Granada.

**2.º-** Casamos la expresada sentencia, en el único aspecto de mantener a la hija menor, Andrea , bajo la custodia de su tía, doña Susana , con régimen de visitas en favor del padre, Don Pedro Francisco , en la forma dispuesta en la presente resolución, manteniéndola en lo demás, sin otro límite a la prestación de alimentos que el impuesto por el posible cambio de custodia.

**3.º-** No ha lugar a la imposición de las costas causadas en ambas instancias ni las de este recurso de casación.

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.