

Roj: STS 625/2012
Id Cendoj: 28079110012012100055
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1269/2010
Nº de Resolución: 43/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, por **Dª Leocadia**, **Dª Salvadora** y **D. Eugenio**, representados por el Procurador de los Tribunales D. Angel Rojas, contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y sección, el día 6 de mayo de 2010, en el rollo de apelación nº 21/10, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid, en los autos sobre medidas paternales filiales nº 608/08. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. A ROJAS SANTOS, en nombre y representación de Dña Leocadia, Dña. Salvadora y D. Eugenio en concepto de recurrentes. La Procuradora Dña. V. GARCÍA SIMAL, en nombre y representación de D. Carmelo en calidad de parte recurrida. Asimismo comparece el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid, interpuso demanda de juicio ordinario sobre regulación de las relaciones paterno filiales de guarda y custodia y visitas de la menor Encarnacion, contra D. Efrain y Dª Leocadia. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"...en su día dictar Sentencia acordando las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS:*

1.- GUARDA Y CUSTODIA DE LA HIJA MENOR.-

Esta parte solicita que la Guarda y Custodia de Encarnacion sea atribuida a su padre, Don Carmelo que ejercerá sobre la misma la Patria Potestad establecida en el Código Civil.

2.- RÉGIMEN TRANSITORIO DE VISITAS Y VACACIONES.-

Hasta que pueda llevarse a efecto la Custodia sobre su hija, Don Carmelo, esta parte propone el siguiente Régimen de Visitas y Vacaciones con la menor:

. Durante un mes visitas a lo largo de la mañana de 11h a 14 h, un día del fin de semana (sábado o domingo).

. Durante los dos meses siguientes, visita a lo largo de todo el día (sábado o domingo), desde las 11h a las 20h.

. Después de este período, si la evolución de las relaciones es la adecuada, se introduciría en el Sistema de Comunicaciones la pernocta, pasando ya a ser fines de semana alternos de sábado a las 11 h, hasta las 20 h. del domingo hasta la finalización del curso escolar en el mes de Junio. . En las vacaciones estivales y si antes no hubiera sido necesaria ninguna modificación, y, si se considera que la evolución es la adecuada, se llevaría a cabo un período de vacaciones partidas en dos períodos de 15 días en los meses de Julio y Agosto.

. Si las vacaciones han resultado satisfactorias para la evolución de la menor, al inicio del curso escolar, la misma se instalará ya definitivamente a residir con su padre.

3.- CONTRIBUCIÓN A LOS ALIMENTOS DE LA MENOR.-

Hasta tanto la menor pueda instalarse a residir con su padre, Don Carmelo abonará directamente los gastos del Colegio al que acude su hija en el presente curso, domiciliando en su cuenta los recibos del mismo.

Igualmente, abonará cualquier otro gasto que precisa su hija y que le sea comunicado por los abuelos que tienen la guarda de hecho de la misma, siempre naturalmente, previa aceptación del gasto si no fuera de carácter ordinario.

4.- REGIMEN DE VISITAS Y VACACIONES CON LOS ABUELOS.-

Una vez que la menor se instale a residir con su padre, esta parte propone a favor de los mismos, el siguiente Régimen de Visitas y Vacaciones.

c) La menor permanecerá en compañía de sus abuelos maternos, durante los fines de semana alternos , desde el sábado por la mañana que la recogerán en el domicilio de la misma, hasta el domingo por la noche a las 20:00 horas, que la llevarán de nuevo al domicilio del padre.

d) Permanecerá con sus abuelos maternos durante la mitad de las Vacaciones de Semana Santa y Navidad, y quince días en Verano en los meses de Julio o Agosto, eligiendo de mutuo acuerdo con el padre, el período a disfrutar. Si no hubiera acuerdo, la menor permanecerá con sus abuelos las primera mitad de dichas Vacaciones y la primera mitad de julio o Agosto en los años pares y la segunda mitad, en los impares".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la representación de D. Efrain y D^a Leocadia , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... acuerde con carácter previo:

- La Acumulación de procesos solicitada con carácter previo al comienzo de este Escrito, como cuestión procesal.

- Se resuelva la inadecuación del procedimiento de Juicio Verbal instado por el actor, acumulándose los procesos y mandándose continuar su tramitación conjunta bajo los trámites del Juicio Ordinario.

Y en consideración al fallecimiento de la madre de la menor, así como a la asistencia moral y material que recibe de sus abuelos y tíos maternos y a la absoluta ausencia y desinterés del padre, dicte sentencia en cuya virtud se declare en favor de la menor Encarnacion :

- Se decrete la privación de la patria potestad sobre su hija Encarnacion , a DON Carmelo ; nombrándose tutores de la misma a sus abuelos maternos D^{ña}. Leocadia y DON Efrain (abuelos), o, en su defecto, a alguno de sus tíos maternos D^{ña}. Salvadora o DON Eugenio

- Subsidiariamente a lo anterior, se decrete la suspensión de la patria potestad encomendándose su ejercicio y la atribución de la custodia a sus abuelos maternos o, en su defecto, a alguno de los tíos maternos arriba expresados.

- Se establezca la obligación, a cargo del padre, de abonar a favor de la menor una pensión por importe de 366,32 al/mes, mediante ingreso o transferencia dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designen quienes finalmente sean nombrados tutores o, en su caso, custodios de Encarnacion , más el 50% de los gastos extraordinarios. Dicha pensión será revalorizada cada primero de año en función de las variaciones del IPC.

- No se establezca régimen de visitas y estancias paternofiliales, por no estimarse beneficioso para el interés de la menor, atendidas las circunstancias concurrentes y antecedentes, pues la menor ni siquiera conoce a su padre, ni éste a su hija. Y subsidiariamente, el régimen de visitas que, en su caso se estableciera debería ser un régimen tan paulatino, progresivo, controlado y tutelado como el devenir de las circunstancias pudiere aconsejar, que le permita a la menor conocerle y adaptarse voluntariamente sin sufrir daño alguno.

Por otra parte D^a Leocadia , D. Efrain , D^a Salvadora y D. Eugenio presentaron demanda de juicio ordinario, dando lugar al procedimiento 608/08, acumulado al 376/08, acordándose por auto de fecha 23 de septiembre de 2008, la continuación de ambos procedimientos por el trámite del juicio ordinario.

Contestadas las demandas y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a la Audiencia Previa y celebrada ésta se señaló día y hora para el oportuno Juicio, el que tuvo lugar en el día y hora señalados y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 25 de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 28 de abril de 2009 , y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Q ue desestimando la demanda presentada por la Sra. Procuradora

de los Tribunales D^a Verónica García Simal en nombre y representación de D. Carmelo , contra D. Efrain , bajo la representación del Sr. Procurador de los Tribunales D. Angel Rojas Santos, y estimando parcialmente la demanda presentada por D^a Leocadia , D. Efrain , D^a Salvadora y D. Eugenio contra D. Carmelo , habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, acuerdo la adopción de las siguientes medidas:

- 1) Se acuerda la privación de la patria potestad de D. Carmelo sobre su hija Encarnacion .
- 2) Se nombran tutores de Encarnacion a D^a Leocadia y a D. Eugenio , quienes han aceptado su cargo.
- 3) Se establece un régimen de contactos muy progresivo entre padre e hija, con una necesaria actuación preliminar.

3.1) Dicha actuación preliminar se llevará a efecto en el Servicio de Orientación y **Mediación familiar** de los Servicios Sociales de Colmenar Viejo y sin la presencia del padre. En la fecha que dicho Servicio determine Encarnacion deberá acudir al mismo acompañada de sus abuelos y de otros familiares que dichos abuelos consideren oportuno. Si el Servicio estima preferible otra presencia familiar se deberá estar a sus sugerencias. En dicha visita preliminar, a la que reiteramos que no acudirá el padre, se informará a Encarnacion no sólo de la existencia de D. Carmelo , sino también del interés del padre en relacionarse con ella y del régimen de visitas primario o provisional que después se mencionará. El referido Servicio informará inmediatamente a este Juzgado y a más tardar en 48 horas del resultado de esa primera entrevista, recogiendo la reacción de Encarnacion .

3.2) De ser positivo el informe presentado por el Servicio mencionado se acuerda un primer régimen de visitas entre padre e hija consistente al principio en dos horas los primeros sábados de cada mes en el Punto de Encuentro más cercano al domicilio de Encarnacion . A la vista de los informes del Punto de Encuentro encargado se podrá adecuar el régimen de visitas a la evolución de los contactos entre padre e hija. En cualquier caso, y en esta fase inicial, durante la mitad de las vacaciones de verano se suspenderán estos contactos, eligiendo dicha mitad, de momento, los tutores de Encarnacion .

3.3) De ser negativo el informe presentado por el Servicio mencionado, éste deberá manifestar qué actuación sería la más idónea, siempre tendiendo a entablar un contacto siquiera mínimo entre padre e hija.

4) Se fija como alimentos para la hija a cuyo pago quedará obligado D. Carmelo la cantidad de 380 euros mensuales, que deberá ingresar en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designen los tutores de Encarnacion , siendo revisable esta cantidad anualmente el 1 de enero con arreglo al IPC o índice que lo sustituya, más el 50% de los gastos extraordinarios".

El Ministerio Fiscal presentó escrito solicitando aclaración de sentencia, dictándose con fecha 15 de julio de 2009, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "DISPONGO: Que ha lugar a aclarar la Sentencia dictada en este procedimiento el 28 de abril de 2009 , indicando que el nombramiento de los tutores se hace con carácter temporal y provisional hasta que en un Juzgado de Incapacidades (que tienen asumida con carácter exclusivo la competencia sobre tutelas) realizase el nombramiento definitivo, debiendo proceder a la elección de un defensor judicial, tal y como solicita el Ministerio Fiscal".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Carmelo . Sustanciada la apelación, la Sección 24^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 6 de mayo de 2010 , con el siguiente fallo: "Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D. Carmelo , representado por la Procuradora D^a VERONICA GARCIA SIMAL, y DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D^a Leocadia , D^a Salvadora y D. Eugenio , representados por el Procurador D. ANGEL ROJAS SANTOS contra la sentencia de fecha 28 de abril de 2009, del Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid , en autos de Relaciones paterno filiales número 608/08; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS en parte la expresada resolución ACORDANDO: Se deja sin efecto la privación de la patria potestad que ostenta D. Carmelo respecto de su hija menor Encarnacion , así como se deja sin efecto la tutela provisional y la designación de tutores, para aquella, con recuperación de la guarda respecto de la menor, previo régimen de visitas transitorio en tanto consolida la custodia, que provisionalmente se atribuye a D^a Leocadia y a D. Eugenio .

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de la costas de la alzada".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D^a Leocadia , D^a Salvadora y D. Eugenio , el Tribunal de Instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador D. Angel Rojas Santos, lo formalizó en base a los siguientes motivos:

Único.- Vulneración de los arts. 154 y 170 del Código Civil , y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre su correcta interpretación y aplicación.

Por resolución de fecha 5 de julio de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. A ROJAS SANTOS, en nombre y representación de Dña. Leocadia , Dña. Salvadora y D. Eugenio en concepto de recurrente. La Procuradora Dña. V. GARCÍA SIMAL, en nombre y representación de D. Carmelo en calidad de parte recurrida. Asimismo comparece el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de fecha 1 de febrero de 2011 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a. Veronica García Simal, en nombre y representación de D. Carmelo , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la estimación del recurso de casación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el diecinueve de enero de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D. Carmelo y D^a Irene tuvieron una hija, Encarnacion , que nació 13 marzo 2002. Los padres se separaron.

2º La madre pidió la regulación de las visitas por parte del padre a la niña, que fue acordada mediante auto de 14 junio 2002, atribuyéndose la guarda y custodia a la madre, derecho de visitas al padre y una cantidad por alimentos a su cargo. El padre tuvo un solo encuentro con la niña cuando nació y en el momento de presentar la demanda origen de este litigio, no había tenido más contactos con su hija, al haberse separado de la madre.

3º Después del fallecimiento de la madre en 2007, la niña pasó a convivir con sus abuelos, D. Efrain y D^a Leocadia ; su tío pidió la constitución de la tutela, que no pudo constituirse por haber comparecido el padre, oponiéndose a la misma en tanto que titular de la patria potestad.

4º D. Carmelo interpuso una demanda contra los abuelos y los tíos de su hija, en la que solicitó que se regularan las relaciones paterno-filiales sobre la guarda y custodia y el derecho de visitas de su hija Encarnacion . A esta demanda se acumuló la interpuesta por Efrain , D^a Leocadia , abuelos de Encarnacion y D^a Salvadora y D. Eugenio , tíos maternos, que solicitaban la privación de la patria potestad del padre por falta de atención a la menor y subsidiariamente, su suspensión, encomendándose la custodia a los abuelos maternos, con privación asimismo del derecho de visitas y también, el establecimiento de una pensión de alimentos a cargo del padre.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Madrid, de 28 abril 2009 , desestimó la demanda presentada por el padre D. Carmelo y estimó en parte la presentada por los abuelos y tíos de Encarnacion y así, **a)** acordó la privación de la patria potestad; **b)** nombró tutores a D^a Leocadia y D. Eugenio ; **c)** estableció de forma muy detallada un régimen de contactos del padre con Encarnacion , *"con una necesaria actuación preliminar"*; **d)** fijó una pensión a cargo del padre de 380# mensuales. Todo ello porque el padre *"no ha tenido la menor relación con la niña, ni ha colaborado en su manutención, y no la ha atendido ni siquiera en un momento tan delicado como es la muerte de su madre"*, sin que pueda justificar la pasividad con respecto a su hija.

6º D. Carmelo apeló esta sentencia, recurso estimado por la SAP, sección 24 de Madrid, de 6 mayo 2010 . En aquel momento, el Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso. Se entiende: **a)** que la patria potestad está concebida legalmente en beneficio de los hijos y requiere el cumplimiento de los deberes descritos en el Art. 154 CC (SSTS de 18 octubre 1996 y 6 julio 1996); **b)** las limitaciones al ejercicio de la patria potestad deben estar de acuerdo con el principio de protección del interés del menor; **c)** la privación de la patria potestad ha de reputarse excepcional por su gravedad y *"aplicarse únicamente en casos extremos"* , de modo que *"para establecerla no basta la sola constatación de un incumplimiento, aun grave, de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes y resulte conveniente en un determinado momento para los intereses del menor"* ; **d)** de los hechos resulta que (i) no queda acreditado el peligro para la menor; (ii) no concurren las circunstancias determinantes de

la privación de la patria potestad, que solo debe adoptarse *"en circunstancias muy puntuales y desde luego, siempre que ello redunde en interés de la niña, beneficio que aquí en modo alguno se acredita"*; (iii) el informe emitido en 2008 por el perito del equipo técnico no recomienda la privación, teniendo presente el bienestar del menor; (iv) el padre ha desplegado una investigación para conocer el paradero de su hija, y (v) D. Carmelo *"es una persona resolutiva, reflexiva y responsable, capaz al menos teóricamente, de planificar, organizar y realizar tareas relacionadas con el cuidado de la niña y de tomar decisiones que garanticen su integración y desarrollo adecuados, siendo persona constante y tenaz ante los problemas que surjan, e informándose poco probable un abandono para la menor[...]"*, y e) *"[...] no advertimos qué peligro, perjuicio o perturbación, pueda suponer para Encarnación la privación de su patria potestad al progenitor biológico, y es lo acordado en la instancia un simple castigo sin jurídica retribución para la niña, o una represalia, sin otro fundamento que el previo desapego, pasividad e indiferencia del padre de la que bien ahora parece haber salido"*.

Sin embargo, la sentencia recurrida acuerda mantener la guarda y custodia de quienes de hecho la detentan y cuando la niña haya evolucionado, la guarda deberá ser detentada por D. Carmelo . Para ello se establece un procedimiento progresivo de visitas, intervenido por profesionales y se ordena la cesación de la manipulación de la niña por sus **familiares** guardadores.

7º Dª Leocadia , Dª Salvadora y D. Eugenio interponen recurso de casación, al amparo del Art. 477.2 , 3 LEC , alegando interés casacional.

Figura el escrito de oposición del padre y el escrito del Ministerio Fiscal, que interesa la estimación del recurso.

SEGUNDO. La parte recurrida ha presentado unos documentos relativos a la situación actual de las relaciones entre el padre y su hija Encarnación . Estos documentos no se admiten y deben devolverse al recurrido.

TERCERO. El recurso está redactado como un escrito de alegaciones, aunque parece claro que lo que se considera infringido es la jurisprudencia de esta Sala, en las sentencias que identifica. Después de referirse al interés del menor, señala que la sentencia recurrida estima que el padre no ha incurrido en un grave incumplimiento, sino que se ha producido un simple distanciamiento y, sin embargo, los recurrentes entienden que el padre de Encarnación ha incumplido gravísimamente los deberes inherentes a la patria potestad, al haber hecho dejación de todas sus competencias de forma permanente durante la vida de la hija. No es un simple distanciamiento, sino un grave incumplimiento el haberse desentendido por completo de la niña.

El motivo no se estima .

La patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor. Tal como se ha dicho reiteradamente en las sentencias de esta Sala, las causas de privación de la patria potestad están formuladas en forma de cláusula general en el art. 170 CC y requieren ser aplicadas en cada caso según las circunstancias concurrentes. La STS 183/1998, de 5 marzo dijo que la amplitud del contenido del art 170 CC y la variabilidad de las circunstancias *"exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]"*.

Sobre la base del interés del menor, debe también tenerse en cuenta que en este caso hay que examinar si la privación de la potestad es conveniente o no para la niña, dejando de lado las complejas relaciones personales entre el padre y la familia extensa de Encarnación y esto es lo que ha realizado la sentencia recurrida al valorar las pruebas que constan en los autos.

La sentencia recurrida ha apreciado las pruebas presentadas en relación a la concurrencia o no de causa de pérdida de la patria potestad del padre de acuerdo con los criterios de racionalidad exigidos en el ordenamiento jurídico. El escrito de los recurrentes valora esta prueba de forma distinta, en su propio interés, sin que se haya impugnado su valoración a través del cauce procesalmente correcto. En definitiva, se hace supuesto de la cuestión, porque se parte de una apreciación del resultado de la prueba que no tiene en cuenta lo dicho en la apelación y se busca convertir la casación en una tercera instancia. Por todas estas razones, debe concluirse que el recurso presentado no se ajusta a la correcta técnica casacional.

La parte recurrente no ha demostrado que se haya vulnerado la doctrina de esta Sala en lo referente a la interpretación de las causas de privación de la patria potestad. Todas las sentencias que los recurrentes citan en apoyo de sus tesis se refieren a supuestos en que o bien se olvidan los hechos probados (STS 900/2005, de 10 octubre), o bien el padre desconocía el paradero de la hija porque la madre se lo había ocultado (SSTS 654/2004, de 12 julio ; 1127/2003, de 27 noviembre), o bien se ha probado un incumplimiento reiterado (STS

998/2004, de 11 octubre). En realidad, todas las sentencias citadas confluyen en el problema de la prueba, en el que inciden los actuales recurrentes.

En conclusión, no se acredita en el recurso que concurra un interés de la menor Encarnacion que deba producir la privación de la patria potestad.

CUARTO. La desestimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Leocadia , D^a Salvadora y D. Eugenio contra la SAP, sección 24 de Madrid, de 6 mayo 2010 determina la de su recurso de casación.

Procede imponer las costas a la parte recurrente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 398.1 LEC

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Leocadia , D^a Salvadora y D. Eugenio contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de fecha 6 mayo 2010, dictada en el rollo de apelación nº 21/2010 .

2º No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.