



Roj: **STS 4727/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:4727**

Id Cendoj: **28079110012004100634**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **02/07/2004**

Nº de Recurso: **4495/1999**

Nº de Resolución: **683/2004**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Julio de dos mil cuatro.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el Recurso de Casación nº **4495/1999** planteado contra la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, como consecuencia de autos, Juicio de Menor Cuantía nº 1212/1997, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 65 de Madrid, sobre incapacidad; el cual fue interpuesto por DON Jesús Manuel, representado por el Procurador de los Tribunales Don Justo Alberto Requejo Calvo; siendo parte recurrida DOÑA Frida y DOÑA Ángela, esta última representada por la Procuradora Doña Sofía Pereda Gil, renunciado posteriormente a dicha representación para que la hija esté representada exclusivamente por el M. Fiscal; en cuyo recurso también fue parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 65 de Madrid, fueron vistos los autos, Juicio de Menor Cuantía nº 1212/1997, promovidos a instancia de DOÑA Ángela, contra DOÑA Frida, en los que fue parte el Ministerio Fiscal, sobre incapacidad de esta última.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho: "... y en su día dicte Sentencia en la que se declare.- a) La incapacidad total de la demandada Frida. b) Que se rehabilite la patria potestad de los padres para gobernar su persona y administrar sus bienes. c) Atribuya a mi mandante, Dª Ángela, con quien la hija convive, el ejercicio de la patria potestad. d) Atribuya a la madre la administración de los bienes y la custodia personal de la hija Frida. y e) ordene que se inscriban las anteriores circunstancias en el Registro Civil correspondiente".

Admitida a trámite la demanda, ésta fue contestada por el Ministerio Fiscal, el que interesaba "... se de a los autos el curso correspondiente y se dicte sentencia en su día conforme a lo probado". Habiendo transcurrido el término del emplazamiento sin que por la presunta incapaz se presentara escrito de contestación a la citada demanda, se convocó a la partes a la comparecencia con los fines y apercibimientos contenidos en el art. 691 LEC.

Por el Juzgado se dictó Sentencia con fecha 9 de marzo de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Dª SOFIA PEREDA GIL, en representación de Dª Ángela, debo constituir y constituyo a Dª Frida, en estado civil de incapacidad total, incluso para el ejercicio del derecho de sufragio, rehabilitando respecto a la misma la patria potestad de sus padres. No se hace especial pronunciamiento en cuanto a las costas del procedimiento. Firme que sea esta resolución remítase testimonio de la misma al Registro Civil para que se proceda a practicar la oportuna inscripción". A continuación, por el Juzgado, se dictó de oficio el Auto de 21 de marzo de 1.998, que contiene la siguiente parte dispositiva: "HE DECIDIDO: Rectificar el Segundo Fundamento y el Fallo de la sentencia dictada



con fecha 9 de marzo de 1998 , en el sentido de que debe atribuirse a la madre el ejercicio efectivo de la patria potestad de Frida . No procede pronunciamiento en cuanto a las costas".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación por el padre, personado, de la menor incapacitada, el que fue admitido y, sustanciado el mismo, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, dictó Sentencia con fecha 7 de octubre de 1.999 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Justo Alberto Requejo Calvo, en nombre y representación de Don Jesús Manuel contra la sentencia dictada en fecha 9 de marzo de 1.998 y el auto de aclaración de fecha 21 de marzo de 1.998, por el Juzgado de Primera Instancia nº 65 de los de Madrid, en autos de menor cuantía, sobre incapacidad, nº 1212/97, seguidos entre Doña Ángela y Doña Frida contra aquél, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución impugnada y, en su virtud, declaramos no haber lugar a la nulidad del auto de 21 de marzo de 1.998 . Todo ello sin hacer especial declaración sobre condena en las costas causadas en esta alzada".

TERCERO.- El Procurador Don Justo Alberto Requejo Calvo, actuando en nombre y representación de DON Jesús Manuel , formalizó recurso de casación que funda en 4 motivos, cuyo resumen se hace en el primer Fundamento Jurídico de la Sentencia.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal presentó escrito emitiendo informe, que consta en el Recurso citado.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 22 de junio de 2004, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) Son hechos de los que hay que partir en esta Resolución, los siguientes:

1º.- Los cónyuges litigantes, DON Jesús Manuel y DOÑA Ángela , y a efectos de solicitar su separación conyugal, acordaron el Convenio Regulador que habría de regir los efectos de la misma, el 27-X-94, el que sometieron a la aprobación judicial en el Proceso correspondiente de SEPARACIÓN MATRIMONIAL de mutuo acuerdo, en el que recayó SENTENCIA, en 28 de febrero de 1.995, la que es firme, y que acordó dicha separación y homologó el citado Convenio.

2º.- El matrimonio tiene una hija, en aquel momento menor de edad, Frida , respecto a la que, en dicho Convenio, así aprobado, se hacía constar que sobre ella ostentarían los padres la patria potestad compartida, si bien la guarda y custodia de ella se otorgaba a la madre, con la que quedaría a vivir habitualmente, siendo ésta la que le proporcionaría las atenciones ordinarias, y para los supuestos especiales o extraordinarios (educación y atenciones médicas, especialmente), se estaría a lo que ambos padres acordaran, solucionándose los conflictos por dictamen del facultativo designado al efecto.

3º.- Posteriormente, la esposa, planteó demanda de Divorcio, a la que acompañó propuesta de nuevo Convenio Regulador, de fecha 20-XI-96, que no fue ratificado por el marido, y en el aspecto aquí indicado, no contenía modificación sobre el régimen acordado de la patria potestad compartida sobre la hija, por lo que siguió rigiendo el anterior.

4º.- La esposa plantea la demanda origen del presente proceso, que se sigue ante el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE MADRID NUM. SESENTA y CINCO, que constituye el juicio de MENOR CUANTÍA Nº 1.212/97 , en el que solicita la declaración de INCAPACITACIÓN de la hija, ya cumplida su mayoría de edad, por padecer la misma "parálisis cerebral infantil o enfermedad de "Littel", afección crónica epiléptica y retraso mental leve F70", dirigiendo su demanda frente a ella y el M. Fiscal, y habiéndose oído al padre sobre tal petición en el trámite de audiencia, el que manifestó que su hija no estaba capacitada y que se encontraba conforme con la declaración al efecto pedida. Su hija ha seguido viviendo con su madre, en su domicilio.

5º.- El Juzgado, dicta SENTENCIA, con fecha 9 de marzo de 1.998 por la que estima la demanda, declara la incapacidad de la hija, y rehabilita respecto a ella la patria potestad de los padres. La Sentencia se publicó el 16-III-98 .

6º.- El 21 de marzo de 1.998, el Juzgado, de oficio, dictó AUTO, por el que rectifica el 2º Fundamento Jurídico de la Sentencia, en el sentido de que "debe atribuirse a la madre el ejercicio efectivo de la patria potestad de Frida " .

7º.- El esposo y padre, plantea Recurso de APELACIÓN contra dicho Fallo, contrayéndolo al auto de rectificación, por considerar que se trataba de una modificación sustancial de la Sentencia, en cuanto a su fundamentación y Fallo, y que el mismo se excedía de lo dispuesto en los arts. 267 y 363, respectivamente,



de la LOPJ y LEC, y que además no se le había oído, y estaba dictado fuera de plazo, sin haberse ejercitado pretensión alguna sobre tal extremo, e incumpliendo los preceptos sobre modificación de los acuerdos de la separación judicial conyugal, aplicando normas referentes a las separaciones de hecho.

8º.- La " Sección 22ª" de la ILTMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, conoció de tal Recurso, y en su Sentencia de 7 de octubre de 1.999 , lo desestimó, y confirmó la Sentencia, y en concreto, el Auto apelado, entendiéndose que el Juzgado había actuado dentro de su competencia, siendo intrascendente el plazo de decidir, y que el marido-padre fué oído en el expediente de incapacitación, enterándose de su contenido, y si no se personó en él, fue porque no lo entendió adecuado, y que se había aplicado el art. 171, en relación con el 156-5º, ámbos del C.c ., no denegando el ejercicio compartido de la patria-potestad, sino sólo en lo relativo a sus efectos en materias concretas importantes, por residir, desde la separación, la hija, con la madre.

B) a) El padre, una vez notificado de la sentencia, interpuso Recurso de CASACIÓN frente a élla, alegando 4 motivos, que condujo por el cauce procesal del nº 3º del art. 1.692 LEC los dos primeros, sobre quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la Sentencia y de los actos procesales, y los otros dos por el del nº 4º del mismo precepto, por infracción de las normas jurídicas aplicadas para resolver los puntos objeto del debate, desarrollándolos así: el 1º, por infracción del art. 363 LEC, en relación con el 267 LOPJ , sobre intangibilidad de las Sentencias judiciales, al haberse modificado una que no precisaba de aclaración, ni de rectificación o complemento de errores, sino ejerciendo una verdadera modificación de fondo, prohibida por el principio de "seguridad jurídica", establecido en los arts. 9-3 y 124-1 CE , y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, al afectar a elementos esenciales de la resolución dictada, aplicando preceptos que no afectaban a la misma, y haciéndolo fuera del plazo establecido (5 días, en lugar de uno), pues al hacerse de oficio, sin petición de parte, era obligado cumplir éste; el 2º, por infracción del art. 359 LEC sobre la "congruencia" de las Resoluciones judiciales, de acuerdo con las peticiones de las partes, ya que, ni la esposa había podido pedir esa modificación, pues el juicio era simplemente de incapacitación, no de cambio de medidas, y al recurrente, por ello, no se le había dado ocasión de personarse y pedirlo, y por ello se le había privado de un derecho individual, el de deber ser oído; el 3º, por infracción, del art. 171 CC ., que habla de rehabilitar la patria-potestad tras la declaración de incapacidad, a la existente durante la minoría de edad, y el 156-5º era aplicable a las separaciones de hecho, pues la modificación de medidas en separaciones matrimoniales judiciales, se regían por los arts. 91 y 92 Cc .; y el 4º, por infracción del art. 156-5º C.c ., por ser inaplicable al caso, según lo dicho en el motivo anterior. Terminaba suplicando que se anulara y casara la Sentencia de la Audiencia, y se revocara, dejándolo sin efecto, el Auto del Juzgado, de 21-III-98 , confirmando en lo demás la Sentencia del mismo.

b) La esposa (madre), no se personó en el Recurso, dejando su defensa al M. Fiscal, y por éste se contestó a él, diciendo que estaba conforme con el mismo en todos sus motivos, pidiendo que se resolviera conforme al citado Recurso.

SEGUNDO.- De acuerdo con el informe del M. Fiscal, debe darse lugar a los motivos del Recurso planteado, por ajustarse los mismos al Ordenamiento jurídico en la forma en que se articulan, debiendo dividirse tales motivos, a efectos de su seguido comentario, en de tipo formal, basados en normas del procedimiento, que pueden agruparse, en uno, los dos primeros; y en el de fondo, por afectar a la aplicación de normas sustantivas del C. civil, que son los dos últimos, que también pueden ser agrupados, a efectos de su examen.

TERCERO.- En los dos primeros motivos, que conducen al mismo fin, de nulidad por quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio, que afecten a la Sentencia o a los actos procesales, y que producen indefensión, se articulan tres submotivos, el de modificación esencial de la Sentencia dictada, excediéndose el Juzgado "a quo" de los límites admitidos para dictar Autos de aclaración o de rectificación de la misma, por un lado; el de haberse dictado el mismo fuera del plazo legal establecido, siendo tal término de exigencia ineludible, por otro; y el de la "incongruencia" de tal declaración, del art. 359 de la LEC , ya que si las Resoluciones Judiciales deben ajustarse a las peticiones de las partes, y si se ha dictado el Auto objeto del Recurso sin dar audiencia en el proceso al padre de la incapacitada, con la posibilidad de oírle, no se han atendido sus posibles derechos, en cuanto se han limitado los mismos, por último. Deben ser tenidos por bien planteados estos submotivos, y darse lugar a ellos, por lo siguiente:

A) Los arts. 9-3 y 24-1 CE establecen dos principios básicos sobre la actuación judicial, el de la "seguridad jurídica" y el de la "tutela judicial efectiva", que deben ser cumplidos a través de los mandatos que imponen al Juez, tanto el art. 363 LEC , que establece el, a su vez, principio de la "intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes", como el 267-1 y en sus tres apartados, de la LOPJ , que obliga a los Jueces y Tribunales a no variar las sentencias después de firmadas, con las excepciones establecidas en el propio art. 267 y en sus tres apartados LOPJ , que les posibilita a la aclaración de conceptos oscuros o a suplir las omisiones que contengan, en primer lugar, y a rectificar en cualquier momento errores materiales manifiestos o aritméticos. La jurisprudencia constitucional, es clara en el sentido de que, con la excusa de rectificación de errores materiales,



no se pueden modificar los elementos esenciales de la Sentencia, ni ello puede servir de remedio a la falta de fundamentación de la resolución firme (S. del T.C. de 29-III-99), ni para corregir errores judiciales de calificación jurídica (S.S. 119/88 y 16/91), pues el art. 267 LOPJ no consiente que sea rectificado lo que se deriva de los resultandos, fundamentos jurídicos y sentido del fallo (S. TC 180/97). En el presente caso, la Sentencia fue congruente con sus fundamentos al rehabilitar, en cuanto a la patria-potestad, la situación jurídica anterior, y el Auto, en base a otra fundamentación, rectificó sustancialmente lo así decidido.

B) El Auto se dictó 5 días después de notificada la Sentencia, que debe de entenderse en la fecha de la publicación por el Juzgado, ya que al hacerse la rectificación de oficio, el plazo es perentorio para el Juez, pues no depende de petición alguna de parte, y no se refiere a meros errores materiales, por lo que no se cumplió el plazo de 1 día, del art. 363-2 LEC y 267-3 LOPJ .

C) El art. 359 LEC , que establece el principio del deber de la "congruencia" de las Sentencias, en conexión también con los de "seguridad jurídica" y "tutela judicial efectiva", de los arts. 9-3 y 24-1 CE , respectivamente, exige que, para privar de un derecho a una parte, se le haya tenido que dar derecho a ésta a defenderse, y así que pueda presentar sus pretensiones, aunque sean de carácter negativo, para poder resolver sobre ellas, y, si bien en un proceso estricto de incapacitación, si lo promueve una parte legítima, los demás interesados deben ser oídos, y no hace falta demandarlos, pero ello no obstante, si el Juez hace declaraciones limitativas de derechos declarados previamente en favor de los respectivos padres, la decisión tomada al respecto, sin posibilitar esa pretensión, es incongruente.

CUARTO.- Los dos últimos motivos, se refieren a la cuestión de fondo, o de aplicación jurídico- material de las normas del Código civil aplicadas, y deben ser también estimados, dado que, habiéndose establecido en un proceso de separación matrimonial por la Sentencia judicial que lo decidió, una medida consiguiente a la de separación en sí, como es la de atribución de la patria- potestad de los padres sobre los hijos comunes menores de edad, la modificación de esta medida, a petición de parte, sólo puede hacerse por la vía de los arts. 90 y 91 del C. civil , lo que aquí no se ha hecho, aplicando equivocadamente el Juzgador de instancia el art. 156, último párrafo , que afecta a las relaciones paterno-filiales cuando los cónyuges viven separados de hecho, en cuyas situaciones no serían, por el contrario, aplicables aquellos preceptos; por último, debe de indicarse que el contenido del art. 171 , sobre la rehabilitación de la patria-potestad por la declaración de la incapacitación, no puede entenderse en su aplicación, al haberse dispuesto ya judicialmente, en la minoría de edad, sobre ella, sino en la misma forma en que ya se decidió, sin poderse acudir, en estos casos, al art. 156-5º .

QUINTO.- No procede hacer expresa declaración sobre las COSTAS procesales del presente Recurso, al darse lugar al mismo (art. 1.715-2 LEC), estándose en cuanto a las de las instancias a lo decidido al respecto en ellas.

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

FALLAMOS

Debemos estimar y ESTIMAMOS el Recurso de CASACIÓN interpuesto en las presentes actuaciones por la representación procesal del recurrente-apelante, DON Jesús Manuel , con la conformidad del MINISTERIO FISCAL, contra la SENTENCIA dictada por la ILMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, "Sección 22ª", con fecha 7 de octubre de 1.999 , la que debemos anular y casamos, y debemos revocar y REVOCAMOS la dictada en primer grado por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE MADRID NÚM. 65 en autos de Juicio de Menor Cuantía nº 1212/97, en el único sentido de declarar nulo y sin efecto el Auto del mismo Juzgado de 21 de marzo de 1.998 , por el que se rectificó de oficio la indicada Sentencia. Sin declaración expresa sobre las COSTAS procesales correspondientes a este Recurso y a la Apelación.

Devuélvanse los autos originales, con el correspondiente Rollo de Sala, a la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, con certificación del presente, para su ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- CLEMENTE AUGER LIÑÁN.- ROMÁN GARCÍA VARELA.- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.-FRANCISCO MARÍN CASTÁN.- RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES.- Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, 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.