



Roj: **STS 1078/1992 - ECLI:ES:TS:1992:1078**

Id Cendoj: **28079110001992100030**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **0**

Fecha: **12/02/1992**

Nº de Recurso: **3389/1990**

Nº de Resolución: **122/**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ALFONSO BARCALA TRILLO-FIGUEROA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de mil novecientos noventa y dos.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Quinta de la Iltma. Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número DOS de San Fernando, sobre declaración de derechos, cuyo recurso fue interpuesto por DON Cornelio , representado por el Procurador de los Tribunales Don Jose Luis Ferrer Recuero, y asistido del Letrado Don Francisco Navarrete Ruiz de Huidobro, en el que son recurridos DON Luis Andrés Y DOÑA María Dolores , representados por el Procurador

de los Tribunales Don Carlos J. Navarro Gutiérrez, y asistidos del Letrado

Don José Velasco Poyatos, y habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de San Fernando, fueron vistos los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía 82/88, seguidos a instancia de Don Luis Andrés y Doña María Dolores , contra Don Cornelio .

Por la parte actora se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado que con intervención del Ministerio Fiscal y previos los trámites de ley y el recibimiento a prueba que dejaba solicitado, en su día, dictase

sentencia que estimando la demanda deducida, así lo declarase, decretando que ha lugar y procedería confiar la custodia del menor Andrés , hijo de Doña Carla y aun no inscrito, a los abuelos maternos, los demandantes, por ser los más beneficioso para él, imponiendo las costas al demandado si mantuviera la oposición a la acción promovida, por así proceder en Justicia.- Por un primer otrosí solicitaba el recibimiento del pleito a prueba, haciendo expresa reserva de archivos de los autos de separación nº 171/86 y P.E. 248/86 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de San Fernando.- Por un segundo otrosí, solicitaba provisionalmente, y hasta que se acreditase la paternidad y conveniencia para el menor tras la sustanciación del pleito, solicitaba se mantuviera la custodia a favor de los abuelos maternos.

Admitida a tramite la demanda, la parte demandada, la contestó,

alegando cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado que tras los tramites legales oportunos dictara sentencia desestimando en su integridad la demanda



deducida, y declarando la filiación del menor Andrés como hijo de Cornelio , procediera a confiarle el ejercicio de la patria potestad en toda su integridad, incluso el de guarda y custodia, sin limitación ni control alguno, ordenando a la demandantes que dejasen de ostentar de facto la custodia del menor y lo entregasen de inmediato al demandado.- Por un primer otrosí, solicitaba (sin perjuicio de que se postulase en la comparecencia prevenida), el recibimiento del pleito a prueba haciendo expresa reserva de archivos de los autos de separación 171/86 y P.E. 248/86 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de San Fernando.- Por un segundo otrosí, provisionalmente, solicitaba que la custodia del menor la ostentase el padre Don Cornelio .

El Ministerio Fiscal, en el carácter y representación que ostentaba, contestó la demanda, solicitando se dictara sentencia con arreglo a las pruebas practicadas en el procedimiento.

Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 7 de Julio de 1.988,

cuyo fallo es como sigue: FALLO: Que por aplicación de la excepción dilatoria de litis pendencia, sin prejuzgar el fondo del asunto planteado,

debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Don Luis Andrés y Doña María Dolores , contra Don Cornelio , de menor cuantía sobre custodia, sin pronunciamiento de costas.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y sustanciada la alzada, la Sección Quinta de la Ittma. Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia en fecha 1 de

Octubre de 1.990, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Doña Carmen Díaz Navarro en nombre y representación de Don Luis Andrés y Doña María Dolores contra la sentencia dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Fernando debemos revocar y revocamos íntegramente dicha resolución y entrando a conocer del fondo del asunto y estimando parcialmente la demanda debemos declarar y declaramos que la guarda y custodia del menor Andrés , hijo del demandado Don Cornelio y de la fallecida Doña María Carla , hoy bajo la guarda de hecho de los actores, abuelos maternos, debe continuar siendo ejercida por los mismos, sin perjuicio de que con el transcurso del tiempo, posible cambio de circunstancias, mayor discernimiento del menor, pueda ser corregida la situación actual, alterándola, suspendiéndola o suprimiéndola mediante la oportuna actuación judicial, todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en costas. Y en su día, con certificación de la presente y despacho para su ejecución y cumplimiento, devuélvanse las actuaciones originales al Juzgado de procedencia.

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales Don José Luis Ferrer

Recuerdo en nombre y representación de Don Cornelio , formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del nº 4 del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba basado en

documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, por infracción de los artículo 609, 632 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establecen que los Jueces apreciarán la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.

Segundo.- Al amparo del nº 5 del artículo 1.692 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil, infracción de las normas del ordenamiento jurídico o

de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones

objeto de debate, por infracción de los artículos 156, párrafo 4º y 154 del

Código Civil.

CUARTO. - Admitido el recurso y evacuado el traslado de

instrucción, se señaló para la vista el día CUATRO DE FEBRERO, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ALFONSO BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-El juicio declarativo de menor cuantía promovido por el

matrimonio constituido por Don Luis Andrés y Doña María Dolores contra Don Cornelio , sobre custodia del menor Andrés , tiene como antecedentes fundamentales los siguientes: a) Don Cornelio y Doña Carla contrajeron matrimonio el 10 de Septiembre de 1.983.- b) En el procedimiento penal sobre Ley Orgánica 10/1.980, número 248/1.986, tramitado en el Juzgado de Instrucción de San Fernando, por sentencia de 24 de Febrero de 1.987, fueron condenados Don Luis Andrés , Doña Carla , y Don Cornelio , Luis Antonio y Ismael , en concepto de autores de una falta por lesiones menor graves originadas en riña tumultuaria en 19 de Junio de 1.985.- c) En 22 de Enero de 1.986, nació Andrés .- d) En el Juzgado de Primera Instancia de San Fernando se tramitaron autos incidentales de separación conyugal entre Don Cornelio y Doña Carla , número 171/1.986, y en la Pieza separada de Medidas Provisionales, por auto de 17 de Julio de

1.986, se acordó, entre otras, la custodia, a la madre, del menor hijo del

matrimonio, Andrés , con suspensión del derecho de visitas correspondiente al marido, a la vista de las circunstancias concurrentes en el caso, y en el referido procedimiento, recayó sentencia, de fecha 6 de Marzo de 1.987, que acordó la separación matrimonial de ambos cónyuges.- e) Doña Carla falleció en 1 de Noviembre de 1.987.- f) En el trámite de ejecución de la sentencia indicada, el Sr. Cornelio , por medio de escrito de 7 de Diciembre de 1.987, solicitó la guarda y custodia del hijo del matrimonio, Andrés , y manifestó que no se oponía a que a sus abuelos maternos, que en la actualidad poseían la custodia provisional y de hecho del menor, se les concediese el derecho de comunicación y visita que fuera pertinente, y g) El 10 de Febrero de 1.988 se celebró una comparecencia en el Juzgado de San Fernando, en la que los abuelos mencionados, Don Luis Andrés y Doña María Dolores se opusieron a la petición formulada por Don Cornelio , manifestando, al propio tiempo, que en esa misma fecha se interponía demanda de juicio declarativo ordinario, solicitando la custodia del menor. El Juzgado de Primera

Instancia número Dos de San Fernando, por sentencia de 7 de Julio de 1.988, sin prejuzgar el fondo del asunto, por aplicación de la excepción dilatoria de litis pendencia, desestimó la demanda interpuesta por Don Luis Andrés y Doña María Dolores contra Don Cornelio , que fue revocada por la dictada, en 1 de Octubre de 1.990, por la Sección Quinta de la 1ltma. Audiencia Provincial de Sevilla, en el sentido de declarar que la guarda y custodia del menor Andrés , hoy bajo la guarda de hecho de los actores, abuelos maternos, debía continuar siendo ejercida por los mismos, sin perjuicio de que con el transcurso del tiempo, posible cambio de circunstancias, mayor discernimiento del menor, pudiera ser corregida la situación actual, alterándola, suspendiéndola o suprimiéndola mediante la oportuna actuación judicial. Y es ésta segunda sentencia la recurrida en casación por Don Gonzalo , a través de dos motivos al amparo de los ordinales 4º y 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respectivamente, con cuyo escrito de interposición del recurso y con invocación del artículo 1.724, en relación con el 506, ambos de la precitada Ley, se presentaron como documentos los que siguen: -fotocopia de testimonio expedido en el procedimiento abreviado número 478/90, del Juzgado de lo Penal número Tres de Cádiz, y comprensivo de sentencia de 21 de Diciembre de 1.990, en la que se condenaba a la inculpada Doña María Dolores , como autora responsable de un delito de desobediencia, concurriendo la circunstancia atenuante octava del artículo 8 del Código Penal, a las penas de un mes y un día de arresto menor, con las oportunas accesorias, y multa de cien mil pesetas, y se absolvía de dicho delito a Don Luis Andrés -, -fotocopia del auto de 6 de Noviembre de 1.990, de la Sección Quinta de la 1ltma. Audiencia Provincial de Sevilla, Rollo 1217/90, acordándose no haber lugar a la acumulación de los Rollos 1.217/90 y 1.156/88, solicitada por la representación de los apelantes Don Luis Andrés y Doña María Dolores , y suspendiéndose la tramitación del Rollo 1.217/90 hasta que el Tribunal Supremo dicte sentencia en el otro, en virtud de la casación de

que fue objeto la sentencia- y -fotocopia del auto de 11 de Abril de 1.990,

dictado en San Fernando; en el que con estimación de lo peticionado por Don Cornelio , padre del menor Andrés , en su escrito de 21 de Febrero del corriente año, se acordaba que los abuelos maternos del menor, le entregasen de inmediato al padre para el ejercicio por éste de la función de patria potestad que sobre el citado menor le corresponde.

SEGUNDO.- En el primer motivo se denuncia el error en que incurrió el Tribunal "a quo" en ocasión del relato de hechos contenidos en los considerandos segundo y tercero de su sentencia, y que el recurrente los concreta en el error probatorio respecto al "aviso para el bautizo" y en la



frase siguiente: "el demandado jamás ha manifestado o exteriorizado interés por su hijo... ni ha luchado en ningún momento por la adquisición o reconocimiento de sus derechos". Atendiendo al desarrollo argumental del motivo, el único documento que, realmente, se cita es el auto del Juzgado de San Fernando de 11 de Abril de 1.990, sobre la concesión al padre, de la custodia del menor, resolución la indicada que coincide con uno de los aportados con el escrito de interposición del recurso, pero dicho "documento", al igual que los otros presentados, consisten en simples fotocopias, desprovistos de la debida autenticación y adveración, por lo que, aunque pudieran encontrarse comprendidas en las excepciones prevenidas en los artículos 506 y 1.724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no deben ser tenidos en cuenta. Verdaderamente, el estudio del motivo revela, como ya fue señalado por el Ministerio Fiscal al evacuar el tramite del artículo 1.709, que lo pretendido por el recurrente fue cambiar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal "a quo" por la suya personal, lo cual, resulta inaceptable en casación, como también lo es atribuir la significación de documentos a efectos casacionales, a los representativos de actuaciones judiciales, según tiene declarado la Sala en constante y reiterada doctrina. De cualquier forma, el juicio de valor contenido en la frase anteriormente transcrita, no puede quedar desvirtuado por lo acordado en el mentado auto de 11 de Abril de 1.990, puesto que la realidad de aquel fue consecuencia del conjunto probatorio efectuado, conforme se acredita con el estudio y apreciación racional y critica de las actuaciones practicadas; y por lo que respecta al presunto error acerca del bautizo, aunque las estimaciones del Tribunal "a quo" se fundamentasen en la "mera manifestación de la esposa", ello no significa, de por sí, la comisión de ningún error, pero aunque existiese alguna inexactitud sobre tal particular, carecería de relevancia a los fines del recurso, así pues, cuanto ha quedado razonado origina la claudicación del motivo, ante la imposibilidad de entender cometidos los errores en él denunciados.

TERCERO.- En el segundo motivo se alegan como normas infringidas las de los artículos 156, párrafo cuarto, y 154, ambos del Código Civil. Es cierto que de conformidad a lo establecido en dichos preceptos, la patria potestad, en defecto de uno de los padres, será ejercida exclusivamente por el otro, y que entre los deberes y facultades que comprende, está la de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, pero también lo es que en la litis no fue discutida la existencia o supresión del referido instituto, sino las medidas correctoras tendentes a evitar y prevenir abusos, como así se reconoció en la sentencia recurrida (el cuarto considerando), la cual, por otro lado, no adoptó ninguna solución definitiva, que no permitiera cambio alguno en el futuro, y esto así, determinaría, sin necesidad de mayores razonamientos, la inviabilidad del motivo que ahora se examina, pero es que, además, la regulación de cuantos deberes y facultades configuran la



patria potestad, siempre está pensada y orientada en beneficio de los hijos, finalidad que es común para el conjunto de las relaciones paternofiliales, y éste criterio proteccionista se refleja también en las medidas judiciales prevenidas para los supuestos de separación, nulidad y divorcio, así como en la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala, siendo de destacar al respecto la sentencia de 9 de Marzo de 1.989, en la que se expresa que "es una exigencia de las orientaciones legislativas y doctrinales modernas, muy en armonía con la tradición ética y jurídica de la familia española, la que obliga a atemperar el contenido de la patria potestad en interés de los hijos y de la sociedad", pronunciándose en análogo sentido la de 5 de Octubre de 1.987, sentencia una y otra que se citan en la recurrida (cuarto considerando), y, como más reciente, la de fecha 11 de Octubre de 1.991, en la que aún proclamando el derecho de los padres a la patria potestad con relación a sus hijos menores y, dentro del mismo, el específico de la guarda y tutela de aquellos, incluidos entre los que se denominan derechos-función, por la especial naturaleza que les otorga su carácter social, viene a establecer que, en determinados supuestos, la falta de ejercicio temporal de la patria potestad o su ejercicio en forma no encaminada a la finalidad social que su institución comporta, pueda acarrear la extinción de tal derecho, siempre que concurren los requisitos que la Ley contempla y sea acordada por un organismo judicial, como así resulta del artículo 158 del Código, según el cual, el juez, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará "las disposiciones apropiadas a fin de evitar a los hijos perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda", y del artículo 170 de dicho cuerpo legal, a cuyo tenor, el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, sin que contra lo resuelto en el ejercicio de esa facultad, proceda el recurso de casación, a no ser que se impugne la apreciación de las pruebas por error de hecho o de derecho. Es de resaltar que tanto la sentencia cuya doctrina se acaba de extractar, como la de 5 de Octubre de 1.987, hacen referencia a supuestos de concesión de la guarda y custodia de menores por sus abuelos maternos. Asimismo, el sentido proteccionista hacia los menores de edad, se manifiesta con suma claridad en la Convención sobre el Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1.989, en cuanto que su artículo 9, en relación con el 3, permite a los Tribunales decretar la separación del niño de sus padres cuando, conforme a la ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en el interés superior del niño. Por último, es de decir que el beneficio de los hijos se propugna igualmente en los artículos 92 y 159 del Código, que figuran citados en la sentencia recurrida, 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. Pues bien, las consideraciones que anteceden conducen a concluir que el Tribunal "a quo" no incurrió en la infracción de las normas invocadas en el motivo, lo que ocasiona su inviabilidad.

CUARTO.- La desestimación de los motivos del recurso de casación formalizado por Don Cornelio , lleva consigo, por así



disponerlo el último párrafo del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la declaración de no haber lugar al mismo, con imposición de las costas a la parte recurrente, y sin que proceda hacer ningún pronunciamiento respecto al depósito al que se refiere el artículo 1.703 de dicha Ley, al no haber existido obligación de constituirle por no ser conformes entre si las sentencia recaídas en primera y segunda instancia. Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

#### **FALLAMOS**

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación de Don Cornelio , contra la sentencia de fecha uno de Octubre de mil novecientos noventa, que dictó la Sección Quinta de la Iltma. Audiencia Provincial de Sevilla, y condenar, como condenamos, a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, 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.