

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia de 14 Feb. 2005, rec. 3331/1998

Ponente: Almagro Nosete, José.  
Nº de Sentencia: 97/2005  
Nº de Recurso: 3331/1998  
Jurisdicción: CIVIL

UNIÓN NO MATRIMONIAL. Atribución a la madre de la guarda y custodia de la hija. Intervención necesaria del Ministerio Fiscal en defensa del interés del menor en todas las instancias del proceso. Audiencia de la hija por haber transcurrido, desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que pueda ser oída.

Normativa aplicada

#### TEXTO

En la Villa de Madrid, a catorce de Febrero de dos mil cinco

#### SENTENCIA

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava como consecuencia de autos, juicio de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número diecisiete de Barcelona, sobre guarda y custodia, cuyo recurso fue interpuesto por Don Santiago representado por la Procuradora de los tribunales Doña M<sup>a</sup> Gracia Garrido Entrena, en el que es recurrida Doña Patricia representada por la Procuradora de los tribunales Doña Teresa Gamazo Trueba y siendo también parte el Ministerio Fiscal.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia número diecisiete de Barcelona, fueron vistos los autos, juicio de menor cuantía número 857/96, promovidos a instancia de Doña Patricia contra Don Santiago, sobre guarda y custodia y los acumulados número 283/96 instados ante el Juzgado de Primera Instancia número ocho de L'Hospitalet por Don Santiago.

Por la parte actora, Doña Patricia, se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que: "se dicte sentencia en la que al reconocer la ruptura de la unión paramatrimonial existente entre las partes, se acordaran los siguientes efectos: 1.- Que la custodia de la hija menor de edad, Carlota, sea concedida a la madre, así como la patria potestad ordinaria, manteniendo ambos progenitores la patria potestad. 2.- Que se conceda al padre el derecho de visitas que sea oportuno, y que en defecto de acuerdo entre los progenitores será fijado en ejecución de sentencia. 3.- Que se conceda a la hija la pensión por alimentos de 50.000 pesetas, en doce mensualidades iguales, pagadas por adelantado antes del día 5 de cada mes. Esta cantidad será debida desde la fecha de la interposición de la demanda. 4.- Las anteriores pensiones serán actualizadas a partir del 1º de enero del año siguiente a la fecha de la sentencia, y en cuantía equivalente a los incrementos que experimenten los índices general de precios al consumo. 5.- La vivienda familiar en Barcelona, CALLE000, número NUM000, piso NUM001, puerta NUM002, quedará para uso de Don Santiago, la actora cede el uso y disfrute de la vivienda, sin perjuicio de que Doña Patricia pueda retirar del indicado domicilio sus ropas y

enseres personales, así como los objetos siguientes: a) Sofá tres plazas color salmón y crudo estampado. b) Baúl zapatero color marrón oscuro. c) Equipo ski (botas, skis, fijaciones y palos). d) Mesa despacho estilo americano con cajones laterales. e) Mueble despacho estilo americano con cajones laterales. f) Mueble persiana de estilo americano media cintura. g) Sandwichera. h) Olla exprés. i) Anorak amarillo, mallas y jerseys invierno de diversos colores talla 38/40. j) Vestido color rojo largo abierto por los lados tirantes. k) Documentos: Contrato y nóminas a nombre de Patricia. l) Fotos de vacaciones en Canarias, montañismo, embarazo, etc. en las que figura Patricia y su hija. 6.- Que se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo pedido en la demanda".

Admitida la demanda y conferido traslado de la misma al Ministerio Fiscal y a Don Santiago, lo evacuaron en tiempo y forma, el Ministerio Fiscal suplicó al Juzgado tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso se diera a los autos el curso legal correspondiente hasta dictar la sentencia que fuere pertinente en atención a los hechos que resultaren probados, y Don Santiago, presentó escrito solicitando la acumulación a las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia número ocho de L'Hospitalet bajo el número 283/96. Acumuladas las actuaciones, la demanda interpuesta por Don Santiago, solicitaba se dictara sentencia por la que estimando las pretensiones se concediera la guarda y custodia solicitada a Don Santiago, con el régimen de visitas para la madre de fines de semana alternos durante todo el año, y la pensión de alimentos a favor de la hija que el Juzgado estimara oportuna, e imposición de costas a la parte contraria.

Conferido traslado, en la demanda instada por Don Santiago, al Ministerio Fiscal y a Doña Patricia, el Ministerio Fiscal contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia acorde con lo probado y los preceptos jurídicos oportunos, y Doña Patricia, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, aprobando, al reconocer la ruptura de la unión paramatrimonial existente entre las partes los efectos acordados en el convenio regulador firmado por ambos progenitores en fecha 3 de mayo de 1996, acompañado por la actora como documento número dos, con expresa imposición de costas a la parte actora.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 3 de febrero de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando en parte la demanda interpuesta por Doña Patricia, representado por el Procurador don José Castro Carnero contra Don Santiago, representado por la Procuradora Doña Ana M<sup>a</sup> Feixas Mir y debo declarar y declaro los siguientes extremos: 1º) La guarda y custodia de la hija habidas de la unión de hecho entre las partes se atribuye al padre, en cuya compañía viviera, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores. 2º) Como régimen de visitas a favor de la madre se fija el siguiente: la misma estará en compañía de la hija los fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, pudiendo elegir la mitad que le corresponda, en los años pares la madre y en los impares el padre. Asimismo podrá estar con su hija dos tardes durante la semana, desde las 17 hasta las 20 horas, recogiéndola en la escuela y llevándola a su domicilio. 3º) En concepto de alimentos para la hija Carlota, Doña Patricia abonará mensualmente la cantidad de 10.000 pesetas, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes; cantidad que será actualizada cada primero de enero, según el porcentaje de incremento que experimente el I.P.C. No se hace especial pronuncia miento en costas".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, dictó sentencia con fecha 22 de julio de 1998, cuyo fallo es como sigue: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Doña Patricia, contra la sentencia de fecha 3 de febrero de 1998 dictada por la Ilma. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 17 de los de Barcelona, debemos revocar y revocamos la misma, dictando otra en su lugar por la que: 1.- La guarda y custodia de la menor habida en la unión de hecho de las partes se atribuye a la madre. 2.- El régimen de vistas del padre, Don Santiago, será el pactado con el convenio de 3 de mayo de 1996. 3.- Se fija una pensión de alimentos a cargo de éste y a favor de la menor, de 40.000 ptas/mes, a abonar en la forma,

plazos y actualizaciones previstas en el pacto Cuarto del expresado convenio. No procede declaración expresa sobre el pago de las costas causadas en esta alzada".

**TERCERO.**- La Procuradora Doña M<sup>a</sup> Gracia Garrido Entrena, en representación de Don Santiago, formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 92, párrafo 2º del Código civil.

Segundo.- Al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate

Tercero.- Al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 9, párrafo tercero de la Constitución Española.

**CUARTO.**- Admitido el recurso y evacuando el traslado conferido para impugnación, la Procuradora Sr<sup>a</sup> Gamazo Trueba en nombre de Doña Patricia, presentó escrito con oposición al mismo.

**QUINTO.**- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 7 de febrero de 2005, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ ALMAGRO NOSETE

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El primer motivo del recurso (artículo 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil precedente) acusa la infracción del artículo 92, párrafo 2º, del Código civil al establecer que en las prevenciones adoptadas para atribuir, en su día, como se atribuyó, a la madre la guarda y custodia de la menor habida en la "unión de hecho", que mantuvieron los litigantes, no se tuvo en cuenta el "beneficio" de la referida descendiente. El segundo motivo (artículo 1.692-4º) sostiene, idéntica posición, al considerar, en paralelo, y como suplemento del anterior, infringida la jurisprudencia aplicable al caso Argumenta, inicialmente, que el fallo judicial se ha sustentado ("ratio decidendi"), para decidir sobre la guarda y custodia, en el convenio firmado por ambos padres y no en el prevalente interés del menor como postula la norma cuya infracción proclama, añadiendo que ese prevalente interés imponía le fuera atribuida la custodia, apoyándose en el fallo judicial de primera instancia, al que viene a otorgar mayor fundamento por la inmediación en la valoración de los elementos de prueba practicados. Estos mismos argumentos son, en sustancia, los que alega, luego, referido a doctrina jurisprudencial sobre el valor preferente que ha de darse al interés del menor sobre lo convenido por las partes, razón por la que ambos motivos pueden ser objeto de examen conjunto. Pero, como razona el Ministerio Fiscal, cuyo dictamen plenamente se comparte, en contra de lo argumentado en ambos motivos, el fallo judicial no eleva a categoría axiomática los acuerdos libremente pactados por las partes relativos a la regulación de la ruptura de su unión extramatrimonial. Al respecto, y si ha de hacerse recordatorio de la sentencia de primera instancia, la atribución al padre de la guarda de la hija -entonces de cuatro años de edad- se basaba en el hecho de que la madre tenía horario nocturno de trabajo de 1 a 5 de la madrugada, circunstancia de la que deducía la dificultad, para asumir permanentemente, el cuidado de la menor que entre tanto - decía el Juez- era atendida por el padre o por la abuela materna. No estimó probado ni la conducta irregular de la madre ni su adicción a las drogas, alegadas por el padre. El trabajo nocturno de la madre como causa no impeditiva del ejercicio de la función de guarda por la madre fue correctamente apreciada por el Tribunal (F.J. 3) de suerte que eliminada esa circunstancia resulta evidente, dada la edad de la menor, que la atribución a la madre de su guarda y cuidado está en la línea de una larga experiencia que encuentra en el diario contacto con la madre un elemento esencial en el desarrollo de la personalidad infantil. Y en lo que respecta al valor de los convenios entre los padres, aparte de que el Tribunal, en su análisis de las pruebas practicadas, afirmó que no encontraba causa alguna para hacer un pronunciamiento

contrario -afirmación que ponía de manifiesto cómo actuaba en la perspectiva del interés del menor- cabe señalar que tanto la Constitución -artículo 39- como el conjunto normativo que regula las relaciones paterno filiales - especialmente artículo 154 del Código civil- reconoce a los progenitores un amplio campo de libertad en el ejercicio de su función de patria potestad en que no cabe un dirigismo, por parte de los poderes públicos, cuya intervención -sin perjuicio de sus deberes de prestación- está limitada a los supuestos en que en el ejercicio de la función se lesione o ponga en peligro al menor, lo que explica el carácter y sentido de la intervención judicial sobre los acuerdos a que hayan llegado los progenitores en sus crisis matrimoniales o de rupturas de relaciones de otra índole, en que estén implicados sus hijos menores, razones que abogan, por tanto, para la desestimación de los dos motivos. En consecuencia, ambos motivos se desestiman.

**SEGUNDO.**- Criterios que igualmente se comparten con el Ministerio Fiscal conducen a desestimar por inconsistente y carente de fundamento el motivo tercero. El artículo 9-3 de la Constitución española que se dice vulnerado establece el denominado principio de legalidad que en cuanto referido a materia penal o sancionadora nada tiene que ver con el asunto relativo a la guarda y custodia. Por lo demás, y en extraña argumentación, el recurrente quiere ver infracción del mal entendido principio de legalidad en el hecho por el afirmado de que el Ministerio Fiscal sin haber sido apelante ni parte adherida a la apelación hubiera solicitado la revocación de la sentencia de primera instancia. Desconoce así el carácter de la intervención del Ministerio Fiscal cuando no siendo actor ni demandado actúa como parte interviniente necesaria en defensa del interés del menor en todas las instancias del proceso, a lo que cabría añadir que, en este caso, la cuestión debatida en la apelación fue planteada como tema del recurso por la parte apelante. Consecuentemente, la desestimación de los motivos supone la declaración de no haber lugar al recurso con imposición de las costas causadas por imperativo legal.

**TERCERO.**- No obstante, habiendo transcurrido, desde el momento en que se adoptaron las medidas de guarda y custodia, el tiempo suficiente para que la menor, ya mayor de doce años, pueda ser oída, conforme resulta del derecho que establece la Ley del Menor (artículo 9-3) y a la vista de las determinaciones procesales que establecen los artículos 770-6º, 774 y, especialmente artículo 775 del a Ley de Enjuiciamiento Civil, procede acordar la audiencia de dicha menor, con intervención del Ministerio Fiscal, a cuyo fin se librára el despacho oportuno, por la Audiencia al Juzgado de origen, de manera, que el Ministerio Fiscal, ordene, en su caso, si viere convenirle al interés de la menor, la modificación de las medidas adoptadas, dado que el proceso se siguió aplicando por analogía las mismas empleadas en la separación matrimonial.

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 procesal de Don Santiago contra la sentencia de fecha veintidós de julio de mil novecientos noventa y ocho dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, en autos, juicio de menor cuantía número 857/96 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número diecisiete de Barcelona por Doña Patricia contra el recurrente, con imposición, a dicho recurrente, de las costas causadas en el presente recurso. Oficiese a la Audiencia mencionada para que ordene al Juzgado de origen la práctica de la diligencia señalada, con citación del Ministerio Fiscal, en el Fundamento Tercero y, a fin de que con su resultado pueda el Ministerio Fiscal si así viera convenirle al interés y beneficio de la menor, instar la adopción de las prevenciones necesarias para ello. Devuélvase, a la mencionada Audiencia, 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 .- ROMAN GARCIA VARELA.- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.- JOSE ALMAGRO NOSETE.- RUBRICADOS.

PUBLICACIÓN.-

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Almagro Nosete, 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.