

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia 679/2013, de 20 de noviembre de 2013

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 83/2012

Ponente Excmo. Sr. JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

En la Villa de Madrid, a 20 de Noviembre de 2013.

Visto por la Sala Iª 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 IIIª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias**, como consecuencia de autos de juicio de modificación de medidas n.º 800/2007, seguidos ante el **Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canarias**, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Julián, la procuradora doña Isabel Campillo García.

Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Antonio Alvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de doña Encarnación.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El procurador don Tomás Ramírez Hernández, en nombre y representación de don Julián, interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas de divorcio, contra doña Encarnación y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que, estimando la demanda, acuerde las siguientes Medidas Definitivas:

- 1) Que la menor hija del matrimonio Olga, quede bajo la guardia y custodia del padre don Julián.
- 2) Que la menor Águeda, quede bajo la guarda y custodia de don Julián, confiriéndosele las funciones tutelares de la misma, que ejercerá bajo la autoridad de S.S.ª.
- 3) Que el régimen de visitas de Doña Encarnación, para con sus menores hijas, quede en suspenso, hasta tanto en cuanto no concluya el procedimiento penal iniciado por las Diligencias Previas número 3508/2006 del Juzgado de Instrucción Nº 7 de esta Ciudad.

Y una vez concluido el mismo, en ejecución de sentencia, previo informe psicológico a emitir por los Servicios Psicosociales adscritos al Juzgado al que me dirijo, y con todas las cautelas y garantías del art. 103 del Código Civil, se acordará el régimen de visitas que proceda.

- 4) Que en concepto de alimentos de sus menores hijas, Olga, y Águeda, Doña Encarnación abone a Don Julián, **la cantidad de SEISCIENTOS EUROS, (600,00 €)**, a razón de TRESCIENTOS EUROS por cada una de las menores dentro de los 7 primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que se determinará.

Dicha cantidad se actualizará anualmente, de conformidad con el I.P.C. que facilite el Instituto Nacional de Estadística, u organismo público que lo sustituya, para la provincia de Las Palmas.

- 5) Que, en consecuencia, quede sin efecto la obligación a cargo del actor a la prestación de alimentos para las menores, al tener a las mismas bajo su custodia desde el pasado mes Junio de 2007.

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.

2.- La procuradora doña María del Carmen Benítez López, en nombre y representación de doña Encarnación, 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 declarando no haber lugar a los pedimentos de la demanda, con adopción de las siguientes medidas:

- 1.- **Que se conceda a la madre la guarda y custodia de su hija biológica, Águeda, no fijándose régimen de visitas alguno en favor de Don Julián al no existir relación filial entre ambos.**

2.- **Que se conceda a la madre la guarda y custodia de su hija Olga, dejando en suspenso el régimen de visitas a favor del padre hasta que termine el procedimiento penal dirigido contra él y en todo caso**

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.

Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931

Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041

Telf: 649116241

www.padresdivorciados.es
e-mail: info@padresdivorciados.es

hasta que se acredite, en ejecución de sentencia, su capacidad para asumir las obligaciones que ello conlleva.

3.-. Que se fije **la cantidad de 1.167 euros mensuales** que el demandante debe abonar en concepto de pensión de alimentos para su hija, a abonar dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta corriente en que viene realizando los pagos. Dicha cantidad será revisada anualmente de conformidad a las variaciones que experimente el IPC.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canarias, dictó sentencia con fecha 15 de enero de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue:

FALLO:

Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda sobre modificación de medidas establecidas en la sentencia de 14/03/2003 dictada por este Juzgado en los autos de divorcio de mutuo acuerdo nº 37/2003, parcialmente modificada por la sentencia de 24/11/2005, dictada en el procedimiento de modificación de medidas nº 903/2004, e instada por D. Julián, representado por el Procurador D. Tomás Ramírez Hernández, contra Dña. Encarnación, representada por la Procuradora Dña. María del Carmen Benítez López; en virtud de lo cual, debo acordar y acuerdo los siguientes extremos:

1º) **Atribuir la guarda y custodia de la menor Olga a su padre D. Julián**, quien ejercerá de manera exclusiva la patria potestad sobre la misma.

2º) **Atribuir la guarda y custodia de la menor Águeda a D. Julián**, por las especiales relaciones que ha tenido con éste y por ser hermana de los 2 hijos comunes de éste con su madre, **quien dispondrá de facultades tutelares plenas sobre la misma**. Podrá actuar en toda clase de procedimientos de defensa de sus derechos e intereses y deberá contar con autorización judicial para los demás supuestos contemplados en el art.271 del Código Civil.

3º) El régimen de visitas de Dña Encarnación con sus 2 hijas menores, Águeda y Olga, será el señalado en el Fundamento de Derecho Xº.

4º) Para la eficacia del sistema de guarda y custodia y del régimen de visitas, se establecen las siguientes cautelas:

a) La madre no podrá salir de la isla de Gran Canaria, en compañía de sus 2 hijas, sin la autorización expresa del Sr. Julián.

b) Las menores sólo pueden salir del territorio nacional en compañía del Sr. Julián, debiendo librarse, a tal fin, oficio a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

Apercíbase a la Sra. Encarnación de que, en caso de incumplimiento de las anteriores prohibiciones, se suspenderá de forma inmediata e indefinida el régimen de visitas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en las que pudiera incurrir.

5º) La madre, Sra. Encarnación, abonará, en concepto de **pensión de alimentos a favor de sus 2 hijas, la cantidad de 250 euros mensuales (125 euros para cada una de las hijas)**, que deberá ingresar en la cuenta que designe el padre, dentro de los 5 primeros días de cada mes, de forma anticipada y durante las doce mensualidades. Dicha cantidad será actualizada conforme al índice de precios al consumo que señale el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya cada año (comenzando dicha actualización a partir del uno de enero del 2011).

En cuanto a los gastos extraordinarios que se generen en la vida de las menores, serán abonados en exclusiva por el Sr. Julián.

6º) Que sin efecto, la prohibición contenida en el Punto 3º de la Parte Dispositiva del Auto de Medidas Provisionales de 30/01/2008 dictado en el presente procedimiento.

7º) Águeda tendrá en su expediente académico, y en todos los documentos que le afecten, el nombre y los apellidos que le corresponden por su filiación a partir del próximo curso 2010/2011.

Y, todo ello, sin expreso pronunciamiento en costas.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Encarnación, la Sección IIIª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, dictó sentencia con fecha 4 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:**

Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de Dª Encarnación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.º Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 15 de enero del año 2010 *en los autos de Modificación de Medidas nº 800/2007, revocando dicha resolución, y en su lugar se acuerda:*

A) La guarda y custodia de la menor cuya filiación se impugnó por el actor, Don Julián, así como la correspondiente patria potestad, se atribuye exclusivamente a la recurrente, sin que proceda señalar régimen de visitas respecto a tal actor.

B) La guarda y custodia de la hija común se atribuye a la recurrente, siendo la patria potestad compartida, estableciéndose el régimen de visitas a favor del padre en los términos señalados en el Fundamento VIº de la presente resolución, teniéndose en cuenta que el juzgador "**a quo**", en la propia ejecución de sentencia y a la vista de los informes que la recurrente habrá de aportar bimestralmente y que luego se dirán, **podrá adoptar las decisiones que en interés de la menor procedan, sin perjuicio de que las partes acudan al procedimiento de modificación de medidas.**

C) Se establece una pensión alimenticia a cargo del padre, Sr. Julián, en cantidad de **SETECIENTOS EUROS-700 €- MENSUALES**, y en la que se incluyen los gastos de principio de curso (matrícula, uniforme, material escolar) que el mismo ingresará en tal concepto de pensión alimenticia a favor de la indicada hija, cantidad que se ingresará mensualmente dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto designe la recurrente y que se actualizará anualmente el 1 de marzo de cada año conforme al índice de precios al consumo que establezca el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Los gastos extraordinarios (médicos, quirúrgicos, farmacéuticos, no cubiertos por la seguridad, y aquellos que se acrediten que lo sean) serán abonados en exclusiva por el Sr. Julián, tal como se recogió la resolución combatida. La referida suma se abonará a partir del momento en que tenga lugar la guarda y custodia a favor de la recurrente, si bien se concreta que lo será; en la parte proporcional del mes en que tenga efectividad tal guarda y custodia.

D) Se adoptan las siguientes cautelas:

a) la madre no podrá salir de la isla de Gran Canaria en compañía de la hija común sin la previa autoriza expresa del Sr. Julián o, en su caso, del juzgador de instancia;

b) la menor sólo podrá salir del territorio nacional en compañía del Sr. Julián, librándose al efecto los oficios oportunos a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado;

c) apercíbese a la Sra. Encarnación de que en caso de incumplir las prohibiciones y el régimen de visitas, sin perjuicio de lo que en su caso pueda resultar de las actuaciones penales, se podrá suspender de forma inmediata e indefinida la guarda y custodia, así como el régimen de visitas;

d) requiérase a la Sra. Encarnación a fin de que aporte en el órgano **a quo** bimestralmente, a partir de la fecha en que ostente la guarda y custodia de la hija común, un informe psicológico tanto respecto de la propia recurrente como de las 2 menores, ello a los fines y efectos señalados en el informe del Gabinete Psicosocial de los Juzgados de familia de esta ciudad obrante en autos, pudiendo el juzgador **a quo** a la vista de los mismos adoptar las decisiones que procedan en interés de las menores en la propia ejecución de sentencia, así como suprimir la obligación de tales informes según la evolución que observe tanto de la recurrente como de las menores, sin perjuicio de que, en su caso, pueda recabarlo del Gabinete Psicosocial de los Juzgados de Familia.

El coste de tales informes en cuanto a la hija común serán sufragados por el actor, Sr. Julián.

Sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre costas.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación procesal de don Julián con apoyo en los siguientes MOTIVOS.- ÚNICO.- Al amparo de lo establecido en el art. 477.2.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (anterior a la Ley 37/2011, de medidas de agilización procesal) al presentar su **resolución interés casacional, por el motivo de oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo**, tanto por lo que se refiere a la hija Águeda, como a Olga, cuya guarda y custodia reclama. Se citan las sentencias de 31-1-2009; 30-1-1993; 31-X-1997; 27-VII-2009; 28-VI-2004; 12-11-1992; 17-IX-1996 y 20-IV-1987.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de septiembre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara, su oposición en el plazo de 20 días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Antonio Álvarez Buylla y Ballesteros, en nombre y representación de doña Encarnación, presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando que la Sala, [respecto de Águeda, la guarda y custodia se atribuya al padre biológico](#), o a la familia extensa o a una Institución art. 103.1. del CC, y que [la hija Olga quede con el padre](#), sin fijación de régimen de visitas para la madre hasta que no se demuestre que han cambiado las circunstancias.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de octubre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes del caso son complejos y tienen todos ellos que ver con la determinación de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio, [Olga, adoptada por los litigantes en el año 2001, así como de la menor Agueda, nacida en 2002, cuya filiación paterna fue impugnada por quien ahora recurre](#), don Julián, en el año 2005, y determinada a favor de don Cirilo en el año 2006, existiendo entre las partes otro hijo común mayor de edad, puesto que aun no siendo el Sr. Julián padre biológico si lo es para la menor, considerándose ambas hermanas de doble vínculo.

La sentencia de 1.ª Instancia atribuyó la guarda y custodia de una y otra a don Julián, justificándolo, respecto de Águeda, en razón a " *las especiales relaciones que ha tenido con este y por ser hermanas de los 2 hijos comunes de éste con su madre, quien dispondrá de facultades tutelares plenas sobre la misma* ". Dicha atribución se hace al amparo de los art. 92, 103.1.º.II y 158, todos ellos del Código Civil, así como de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

La sentencia de la Audiencia revocó la del Juzgado y asignó la guarda y custodia de la menor, Águeda, así como la correspondiente patria potestad, exclusivamente a la madre, Doña Encarnación, sin señalar régimen de visitas respecto de don Julián.

También atribuyó a doña Encarnación la guarda y custodia de Olga, siendo la potestad compartida, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre.

Entre otros argumentos, la sentencia reconoce que Águeda ha permanecido largo tiempo con el ahora recurrente. No obstante, partiendo de la LO 1/1996, en concordancia con el art. 39 CE, considera que " *mantener en la actual situación, es decir, que la guarda y custodia de tal menor se atribuya a quien no es padre biológico, es decir, al recurrido, pese a que éste, con indudable mérito, ha estado sufragando los correspondientes gastos de toda índole de la misma, sería tanto como demorar lo que, inevitablemente, tendrá lugar en su momento: el pleno conocimiento por parte de la menor de quien es realmente su progenitor, con las consecuencias que ello pueda deparar en su día. Es preferible poner punto y final a tal situación, por dramática y penosa que sea, antes que proseguir una ficción absoluta, máxime ante [la propia impugnación por el recurrido de tal filiación](#)*".

SEGUNDO.- Los 2 motivos del recurso se dirigen a combatir ambos pronunciamientos.

En el caso de **la menor Agueda**, se citan las sentencias de ésta Sala de 31 de julio de 2009, dictada en un caso de acogimiento preadoptivo, y en el mismo sentido las sentencias de 11 de febrero de 2011, 30 de enero de 1993 y 31 de octubre de 1997, en cuanto toman en consideración, respecto a la impugnación de paternidad, el [respeto al principio de la verdad biológica](#) que constituye el fundamento de la vigente regulación española sobre la materia y que se encuentra establecido en el art. 39 CE; las de 27 de julio de 2009 y 28 de junio de 2004, sobre [el derecho a relacionarse con los menores](#), si bien para [el caso concreto de los abuelos](#); la de 12 de mayo de 2011 para [el caso de relaciones personales de la compañera de la madre biológica](#) con el hijo de esta concebido por inseminación artificial, y las de 12 de febrero de 1992, 17 de septiembre de 1996 y 20 de abril de 1987, que asumen como principios consagrados el [adoptar cuantas medidas sean precisas para proteger al niño contra toda forma de perjuicios o abuso físico o mental, descuido o trato negligente](#). También se invocan como infringidos los art.2 y 11.2 de la LO 1/1996, y los art. 158 y 103,1.ª II del CC, y art.39 CE.

Con **respecto a Olga**, se citan las sentencias ya referidas de 31 de julio de 2009, 11 de febrero de 2011, 12 de febrero de 1992, 17 de septiembre 1996 y 20 de abril de 1987, además del art. 158, 4.º CC.

El recurso se va a estimar, no sin precisar, por lo que se refiere a la oposición a su admisibilidad, que [la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público](#), por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación

a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 mayo, que lo califica como "estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional", destacando como relevantes a estos efectos la [Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989](#), ratificada por España en 1990, la [Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo](#) (Resolución A 3-0172/92, de 8 julio) y la [Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor](#). (Asimismo SSTC 143/1990, 298/1993, 187/1996 y 114/1997, así como el ATC 28/2001, de 1 febrero).

Es cierto que en el recurso se citan sentencias de este Tribunal que tratan de relaciones distintas a la que ahora se contempla, pero no es más que el corolario lógico de un cuerpo de doctrina que toma como referencia este interés, especialmente importante con relación [a quien ahora recurre al que se le priva de relacionarse con quien fue su hija hasta la impugnación de la paternidad y establecimiento de otra distinta por el simple hecho de no ser el padre biológico.](#)

El interés del menor tiene aspectos casacionales (STS 28 de septiembre 2009) y [no se trata a través de este cauce casacional de cuestionar la valoración de la prueba ni de atacar los hechos, sino de revisar la valoración que de este interés hace la sentencia a partir de los hechos que han quedado probados.](#) La determinación del mayor beneficio para el menor, al tratarse de la valoración de una calificación jurídica, puede ser, en definitiva, objeto de una revisión conceptual en casación (SSTS 23 de mayo de 2005, 28 de septiembre de 2009).

La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este".

"(...) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, las circunstancias más adecuadas para dicha protección" (SSTS 11 de enero, 27 de abril y 25 de octubre de 2012).

TERCERO.- Sin duda la valoración del interés del menor, en un contexto difícil en razón a los conflictos generados sin solución de continuidad por sus progenitores, no permite especular sobre situaciones inciertas de futuro ni menos aun poner en su vista fin a unas relaciones que se han mantenido entre el padre no biológico y la menor, Agueda, por muy " *dramática y penosa* " que estas sean, ya que [en ningún caso la protección que resulta de la inexactitud en la determinación de la paternidad, que incidiría en la anomalía de atribuir la condición de padre a quien no es su progenitor, no impide el derecho a tener contacto entre uno y otra cuando toda la prueba que se valora pone en evidencia la existencia de vínculos afectivos que hacen inviable la extinción de los vínculos familiares que existieron](#) entre ambos mediante la negación de cualquier contacto en la confianza de que la nueva situación será más beneficiosa para el interés de la niña que no conoció otro padre que no fuera el que después se demostró no lo era biológicamente.

Cierto que ya conoce este extremo, como se dice en la sentencia que determinó un régimen de visitas respecto de su padre biológico, pero con evidentes reticencias y miedos de la misma a conocer a su nueva figura paterna.

[El interés superior real, y no simplemente abstracto de la niña, no puede ser interpretado solamente desde el punto de vista de la familia biológica, sino que el eje debe situarse en el propio interés \(STS 13 de junio 2011 \), y ello exige que no se haga prevalecer el interés de la madre biológica,](#) simplemente conectado con la acción de paternidad ejercitada en su día por el recurrente, sino el que resulta de la valoración los hechos desde la realidad de la vida familiar y no desde la pura abstracción amparada no solo por una convicción de paternidad, sino teniendo en cuenta una situación efectiva que, en estos momentos, resulta indudablemente beneficiosa para la niña puesto que protege todos los intereses en juego, incluso los del padre biológico, que no es parte en el procedimiento, si es que finalmente se consolida la existencia de unos vínculos paterno filiales asumidos y recíprocamente adaptados por el padre biológico y su hija para merecer el consiguiente amparo que se le reconoce en derecho, lo que la Sala desconoce en estos momentos.

Y es lo cierto que tal menor ha permanecido con el recurrente largo tiempo, especialmente debido a la resolución dictada **en el proceso penal seguido contra la madre**, en las que **se acordó asignar provisionalmente la guarda y custodia de las menores al Sr. Julián**, con la medida cautelar de prohibir a su madre aproximarse o comunicarse con sus 2 hijas, y es cierto también que en el auto de 30 de enero de 2008, dictado en trámite de medidas provisionales dimanantes de este litigio, se atribuyó la guarda y custodia de las menores a don Julián, disponiendo de facultades tutelares plenas sobre la menor, Agueda, cuyos intereses se autoriza a defender en todo tipo de procesos.

En la **necesidad de proteger el interés de la menor**, habrá de tenerse también en cuenta **no solo todos los impedimentos e incumplimientos llevados a cabo por la madre, sino el hecho de que esta no se encuentra psicológicamente en condiciones** para asumir estos menesteres ni de cumplir el régimen de visitas que se fije a favor del Sr. Julián, **dada su inestabilidad emocional**, cuando lo que ha primado son sus propios intereses sobre el de sus hijas, tanto de Olga como de Agueda, al punto de que, como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe, el régimen inicial establecido en la sentencia que es objeto de recurso, ha tenido que ser modificado provisionalmente en trámite de ejecución, para atribuírselo al padre, respecto de Olga, con la finalidad de evitarle los perjuicios derivados de la **custodia llevada a cabo por la madre que no acepta que la menor se relacione con su padre**, *"priorizando, una vez más, sus intereses particulares sobre el interés y bienestar de su hija"*.

Es lógico, pues, que dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se tengan en cuenta estas alegaciones por parte de quien, como el Ministerio Fiscal, ostenta un evidente intereses legítimo en la decisión a tomar, atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad (pues) lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resultado (STC de 25 de noviembre de 1996 y 28 de abril 2008), por cuanto permite que las medidas que se adopten se adecuen en todo momento a las circunstancias concurrentes y al interés superior de los mismos, por ser los más necesitados de protección, como así resulta expresamente de lo dispuesto en el art. 752.1 de la LE Civil cuando establece que la decisión sobre las medidas en relación a los hijos menores se tomará teniendo en cuenta los hechos "que hayan sido objeto de debate y resulte probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento".

Es cierto que en el momento actual, don Julián no puede ser considerado progenitor respecto de Águeda, pero también lo es que las circunstancias especialmente graves concurrentes permiten atribuirle la custodia en la forma que resolvió la sentencia del Juzgado, que se acepta al asumir la instancia, esto es, a través de los art. 103,1.ª, prr.2 y 158, ambos del Código Civil, y art. 11.2 de la LO 1/1996, de 15 de enero 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 art. 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 art. 92, a la que si refiere este artículo, se pueda instaurar este régimen intermedio y extraordinario que permita atender a la protección de este interés, en este caso de Águeda, pero también de su hermana Olga, que han convivido juntas desde el nacimiento de la 1ª, tanto bajo la guarda y custodia de la recurrente como de la del recurrido, con el que han mantenido unas buenas relaciones, como dice la sentencia, y que vuelven a estar juntas en una situación estable y adaptada a la unidad familiar formada por el Sr. Julián y su nueva esposa, con la que tiene 1 hijo de corta edad, teniendo como tiene esta capacidad para asumir el cuidado de las menores, como se recoge en la sentencia del Juez de 1.ª Instancia, 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.

Sin duda, se reitera, las especiales vicisitudes que han rodeado la relación entre las partes, fuera de lo normal, se han proyectado, y se seguirán proyectando sobre unas menores en un constante conflicto familiar, agravada por una situación prolongada de litigios, civiles y penales, con grave y evidente riesgo de desprotección infantil, si en el futuro no se adoptan soluciones que lo impidan,

especialmente por lo que respeta **a la madre que ha tratado de eliminar de la vida de sus hijas la figura paterna, " dando primacía a su odio "**, como señala la sentencia de 1.ª Instancia.

CUARTO.- En consecuencia de lo anterior, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria, de 15 enero 2010.

No se hace pronunciamiento especial de las costas del recurso de apelación ni de las causadas por este recurso, de conformidad con lo establecido en los art. 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

1.º Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Julián, contra la sentencia de la Sección IIIª de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canarias, de 4 de marzo de 2011, dictada en el rollo de apelación 538/2010.

2.º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3.º En su lugar se repone íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia nº5 de Las Palmas de Gran Canaria, de 15 enero 2010.

4.º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes.

5.º No se hace especial imposición de las costas del recurso de apelación.

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: Francisco Marín Castan; José Antonio Seijas Quintana; Francisco Javier Arroyo Fiestas; Francisco Javier Orduña Moreno; Xavier O'Callaghan Muñoz.

Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Antonio Seijas Quintana, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala iª del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.