



Roj: **SAP M 16022/2018 - ECLI: ES:APM:2018:16022**

Id Cendoj: **28079370222018100869**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **16/11/2018**

Nº de Recurso: **409/2017**

Nº de Resolución: **965/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA PRIETO FERNANDEZ-LAYOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

**N.I.G.:** 28.007.00.2-2015/0004188

**Recurso de Apelación 409/2017**

**Órgano Judicial Origen:** Juzgado Mixto nº 02 de DIRECCION000

Autos de Guarda, Custodia o Alimentos de hijos menores no matrimoniales no consensuados 498/2015

**APELANTE:** Dña. Sagrario

PROCURADOR: D. FRANCISCO INOCENCIO FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

**APELADO:** D. Fulgencio

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Prieto y Fernández Layos

**S E N T E N C I A N º**

**Magistrados:**

Ilmo. Sr. Don Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña Carmen Neira Vázquez

Ilmo. Sr. Don José María Prieto y Fernández Layos

---

En Madrid, a 16 de noviembre de 2018.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre guarda, custodia o alimentos de hijos menores, bajo el nº 498/2015, ante el Juzgado Mixto nº 2 de DIRECCION000 , entre partes:

De una, como apelante, doña Sagrario , representada por el Procurador don Francisco Inocencio Fernández Martínez.

De otra, como apelado, don Fulgencio , quien se encuentra en situación de rebeldía procesal.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.



Visto, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don José María Prieto y Fernández Layos.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 22 de noviembre de 2016, por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 , se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal: "Que estimando la demanda formulada por Doña Sagrario representada por el Procurador Doña Yolanda del Amo Martín respecto de su pareja Don Fulgencio , en situación legal de rebeldía y contra el Ministerio Fiscal, sobre medidas paterno filiales

Debo declarar y declaro que en relación con la menor Amelia , nacida de la relación sentimental de pareja entre ambas partes, procede adoptar como medidas paterno filiales definitivas las siguientes:

a.- Otorgar la guarda y custodia de Amelia a la madre, siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

b.- No procede en este momento establecer régimen de visitas ni pensión por alimentos.

No procede declaración sobre costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndolas saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación dentro de los veinte días siguientes a su notificación.

Así por esta mi sentencia de la que se unirá testimonio a los autos de su razón, definitivamente juzgando en la instancia, lo pronuncio, mando y firmo".

**TERCERO.-** Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Sagrario , exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentándose por el Ministerio Fiscal escrito adhiriéndose únicamente en lo referido a la fijación de una pensión alimenticia a favor de la menor.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, en su momento se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del presente recurso el día 12 de noviembre del presente año.

**CUARTO.-** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Después de hacer un resumen de las circunstancias personales y familiares de los litigantes, de los antecedentes procesales del caso y de la legislación y jurisprudencia aplicable al supuesto enjuiciado, que como tal carece de naturaleza impugnatorios alguna, alega la parte apelante como motivo central del recurso su disconformidad con que no se haya acordado judicialmente la atribución del ejercicio exclusivo de la patria potestad a su favor.

El motivo debe estimarse, y con él, íntegramente el recurso.

Afirma la sentencia recurrida que "la parte actora solicita en el acto de la vista que, dado que el padre se encuentra en paradero desconocido, se conceda a la madre la patria potestad completa o autorización judicial para escolarización de la hija sin necesidad de autorización paterna", pero que "esta cuestión, sin embargo, excede de la naturaleza de este proceso, no fue propuesta en demanda, no se ha escuchado al padre sobre esta cuestión y la situación legal de rebeldía no puede determinar una privación ni una limitación del ejercicio de la patria potestad".

Pues bien, una vez examinado el procedimiento, este Tribunal no puede compartir, en atención a lo dispuesto en el artículo 218.2 de la LEC, la valoración global de la prueba y la aplicación e interpretación del derecho efectuada por el Juzgador *a quo* sobre el particular apelado.

En primer lugar, en el acto de la vista sólo se solicitó por la letrada de la parte demandante que se atribuyera el ejercicio de la patria potestad a la madre, no "la patria potestad completa o autorización judicial para escolarización de la hija sin necesidad de autorización paterna".

Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que el párrafo primero del artículo 170 del CC permite acordar la privación total o parcial de la potestad parental tanto en un procedimiento específico como en cualquier proceso de



carácter criminal o matrimonial, debiendo entenderse que este último término acoge por analogía también al de relaciones paterno-filiales, como es el caso, de forma que esta cuestión no excede de la naturaleza del presente proceso. En el mismo sentido, el artículo 92.3 y 4 del CC e incluso el último párrafo del artículo 158 del CC, en relación con su apartado 6º.

El hecho de que la pretensión aludida no fuera "propuesta en demanda" y sí sólo "en el acto de la vista", tampoco impide su enjuiciamiento, pues se trata de una medida que el Juez puede acordar incluso de oficio en atención al principio del interés del menor, sin estar sometida al de justicia rogada ( STS 525/2017, de 27 de septiembre). En este sentido, siguiendo el dictado de la STC 120/1984, de 10 de diciembre, "no es ocioso traer a colación aquí alguna somera reflexión en orden al carácter de todo proceso matrimonial, en el que se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens*, precisamente por derivar y ser un instrumento al servicio del Derecho de familia; no se puede transitar por él y ampararse en sus peculiaridades para olvidarse de ellas a la hora de los efectos de la Sentencia que ponga fin a la relación conyugal, apelando entonces a los principios dispositivo y rogatorio del proceso civil español". Igualmente, la SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, 659/2011, de 20 diciembre, afirma que "cuando se trata de relaciones paterno-filiales, [...] los principios dispositivo y de rogación característicos del proceso civil quiebran y son sustituidos por el de oficio o inquisitivo, de modo que las medidas tuitivas relativas a los hijos del matrimonio deberán ser resueltas por el Juez como estime más conveniente al interés del menor aun cuando las partes no se lo hubieran solicitado ( STC 120/1984, de 10 de diciembre, y SSTs de 2 de diciembre de 1987 y 16 de julio de 2004)". Además, en el presente caso existe una petición expresa al respecto que aunque incardinada procesalmente en una fase no inicial de las actuaciones no exigía siquiera la actuación de oficio del Juzgador.

En otro orden de cosas, el dato, de no haberse "escuchado al padre sobre esta cuestión", no representa obstáculo alguno para acordar la medida interesada, ni en la vertiente de falta de contradicción, que deviene inexistente por haberse declarado con todos los requisitos legales su rebeldía procesal, ni en la vertiente de falta de prueba, ya que de lo actuado en los autos y del elenco probatorio obrante en ellos se revelan datos suficientes para el enjuiciamiento de dicho efecto en atención al interés de la menor sin necesidad de esa audiencia.

Y en cuanto a que "la situación legal de rebeldía no puede determinar una privación ni una limitación del ejercicio de la patria potestad", resulta evidente que esa situación en su aspecto procesal no presupone en modo alguno ni el allanamiento ni la admisión de los hechos en que se fundamenta la pretensión de la contraparte ( artículo 496.2 de la LEC), pero en su aspecto material, y dada la notificación edictal habida, sí que permite constatar que el demandado se encuentra en ignorado paradero, lo que integra un claro presupuesto para el enjuiciamiento de la cuestión debatida ( párrafo cuarto del artículo 156 del CC, en su redacción vigente al tiempo de presentarse la demanda origen del presente procedimiento).

Es precisamente el hecho de que el padre se encuentre ilocalizable el que aboca a considerar a esta Sala, por vía de presunciones ( artículo 386.1 de la LEC), que, de un tiempo a esta parte, de un modo total y constante, viene desentendiéndose de los deberes inherentes a la patria potestad sobre su hija menor de edad ( artículo 154 del CC). Incluso, la propia sentencia impugnada, aunque no lo haya tenido en cuenta en orden a la medida analizada, sí ha valorado la ausencia del demandado para no fijar de momento ni régimen de visitas ni pensión alimenticia paterno-filiales. Ante esta tesitura, el concurso de voluntades que supondría el ejercicio conjunto de la patria potestad devendría imposible, perjudicando sobremanera el normal desenvolvimiento de la vida y educación de Amelia, que no puede quedar a expensas de que se consigan recabar los consentimientos de un padre desaparecido.

Según constante doctrina jurisprudencial, el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad a que se refiere el artículo 170 del CC como base para la privación total o parcial de la misma, ha de ser grave, reiterado y evidentemente contrario al interés del menor, de forma que dicha privación le sea beneficiosa ( STS 621/2015, de 9 de noviembre). Asimismo, a la hora de valorarse el alcance y significado del referido incumplimiento se admite una amplia facultad discrecional del órgano judicial para su apreciación, a fin de que el precepto se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, sin que pueda prevalecer una mera consideración objetiva y exclusiva del supuesto de hecho ( STS 36/2012, de 6 de febrero), pero se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor ( STS 183/1998, de 5 marzo).

De esta forma, la atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre cumple con los parámetros legales y jurisprudenciales antedichos, respetando en especial el principio del beneficio filial que rige la materia (sustancialmente, artículos 39.3 de la CE, 154 y siguientes del CC y 2 de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor), en el que, dada su notoriedad jurídica y a la vista de lo razonado *ut supra*, no resulta necesario incidir. Todo ello sin perjuicio de la titularidad de la patria potestad que sigue conservando



del padre y de la posible recuperación que de su ejercicio puedan acordar los tribunales, en interés de la hija, cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión ( párrafo segundo del artículo 170 del CC).

**SEGUNDO.-** En atención a la estimación de la impugnación principal del recurso, no procede analizar la subsidiaria.

**TERCERO.-** Al estimarse el presente recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición de costas en esta alzada, en virtud de lo establecido en el artículo 398.2 del mismo texto legal.

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación, deviene necesario jurídicamente dictar el siguiente

## FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales señora doña Yolanda del Amo Martín, en nombre y representación de doña Sagrario , contra la sentencia de fecha veintidós de noviembre de dos mil dieciséis, dictada en el procedimiento de relaciones paterno-filiales seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de DIRECCION000 bajo el cardinal 498/2015, debemos revocar y revocamos parcialmente la citada resolución, en el único sentido de acordar que la patria potestad sobre la hija menor de edad, Amelia , se ostente por ambos progenitores pero se ejerza exclusivamente por la madre, confirmando el resto de sus pronunciamientos, y sin hacer expresa imposición de costas en esta alzada.

**MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN:** Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844 0000 00 0409 17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-** Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe