



Roj: **STS 4575/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:4575**

Id Cendoj: **28079110012015100594**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/11/2015**

Nº de Recurso: **1754/2014**

Nº de Resolución: **621/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

SENTENCIA

Sentencia Nº: 621/2015

Fecha Sentencia : 09/11/2015

CASACIÓN

Recurso Nº : 1754 / 2014

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimando

Votación y Fallo: 27/10/2015

Ponente Excmo. Sr. D. : Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Cuarta

Secretaría de Sala : Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Escrito por : ezp

Nota:

Derecho de Familia.

PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

CASACIÓN Num.: 1754/2014

Ponente Excmo. Sr. D.: Eduardo Baena Ruiz

Votación y Fallo: 27/10/2015

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA Nº: 621/2015

Excmos. Sres.:

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas****D. Eduardo Baena Ruiz**

En la Villa de Madrid, a nueve de Noviembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Iván , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 264/13, dimanante de los autos de juicio sobre atribución exclusiva de patria potestad y alimentos de su hija menor, dimanantes del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Violencia sobre la Mujer de Palma de Mallorca.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente la procuradora doña Susana Gómez Cebrián en nombre y representación de don Iván .

No se ha personado parte recurrida ante esta Sala. Ha comparecido el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO**Tramitación en primera instancia.**

1. La procuradora doña Esperanza Nadal Salóm, en nombre y representación de doña Leticia , formuló demanda de juicio ordinario, contra don Iván . En el suplico de la demanda solicitaba al Juzgado dictase sentencia en los siguientes términos:

«[...] se declare que don Iván queda privado de la patria potestad que ostentaba respecto de la hija menor doña Sonia , por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, y obligado a abonar en concepto de alimentos a la hija la cantidad de ciento cincuenta euros mensuales en las condiciones establecidas en sentencia de 23 julio 2010 , condenando al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones y al pago de las costas de este procedimiento.»

2. El Ministerio Fiscal contestó a la demanda solicitando al Juzgado:

«[...] que teniendo por contestada la demanda y por opuesto el Ministerio Fiscal a la estimación de la misma y dar a los autos el curso correspondiente, dictando sentencia en interés de/los menor/es.

3. Por diligencia de fecha 30 de julio de 2012 se declaró en rebeldía a la parte demandada por no haber comparecido en autos.

4. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Violencia sobre la Mujer de Palma de Mallorca, dictó sentencia el 19 de septiembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLO: Que, estimado sustancialmente la demanda promovida por la Procuradora de los Tribunales Doña ESPERANZA BADALSALOM, en nombre y representación de Doña Leticia debo declarar y declaro los siguientes pronunciamientos: 1º.-Se atribuye a Doña Leticia el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre la hija menor de edad, Sonia , habido de su relación con DON Iván . 2º.-No se hace especial pronunciamiento en costas»

Tramitación en segunda instancia.

5. La anterior sentencia fue recurrida en apelación por la representación procesal de don Iván correspondiendo su resolución a la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó sentencia el 25 de marzo de 2014 , cuyo fallo es como sigue:

« **FALLAMOS** : 1) QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. José Castro Rabadán, en nombre y representación de D. Iván , contra la sentencia de fecha 19 de septiembre de 2012 , dictada por Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado nº 2 de Violencia sobre la Mujer en los autos juicio ordinario de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, DEBEMOS CONFIRMARLA y la CONFIRMAMOS en todos sus extremos y pronunciamientos. 2) No ha lugar a especial pronunciamiento sobre las costas devengadas en esta alzada»

Interposición del recurso de casación.

6. El Procurador don José Castro Rabadán, en nombre y representación de D. Iván , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en un motivo único, al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 170 del Código civil y subsidiariamente se invoca como vulnerado el principio de Seguridad Jurídica del artículo 9.3 de la Constitución , cuya violación es reconducible al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la



Constitución , y ello así expuesto actualmente existen sentencias contradictorias de las distintas Audiencias Provinciales referidas a la patria potestad, cuestión ésta expresamente mencionada por la resolución recurrida.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, compareció el Ministerio Fiscal. La Sala dictó Auto el 20 de mayo del 2015 , cuya parte dispositiva dice:

«1º.- ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Iván , contra la sentencia dictada, con fecha 25 de marzo de 2014, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 264/13, dimanante de los autos de juicio sobre atribución exclusiva de patria potestad y alimentos de hija menor nº 188/11 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Palma de Mallorca.2º.- Entréguese copia del escritos de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, al Ministerio Fiscal para que formalice su oposición por escrito en el plazo de **VEINTE DÍAS** , durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría»

8. El Ministerio Fiscal emitió informe impugnando el recurso de casación interpuesto.

9. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de octubre de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes.

PRIMERO. - Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que a continuación se exponen.

1. La representación de la parte actora doña Leticia presentó, con fecha 27 de diciembre de 2011, demanda de privación de la patria potestad y régimen de visitas de la hija menor de edad común de los litigantes, contra don Iván .

2. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 19 de septiembre de 2012 atribuyendo a doña Leticia el ejercicio en exclusiva de la patria potestad sobre la hija Sonia , menor de edad, habida de su relación con don Iván .

3. El Órgano Judicial motivó su decisión en atención a los siguientes hechos: (i) La menor nació el 13 de junio de 2006 y en julio de 2007 se dictó sentencia por la que se condenaba al demandado como autor de un delito de lesiones en el ámbito familiar, sin que, en cumplimiento de la sentencia penal, acudiese al punto de encuentro a relacionarse con su hija, sin causa justificada; (ii) En la sentencia de divorcio de fecha 23 de julio de 2010 , fecha en la que la menor tenía cuatro años, se recoge que el demandado admite que hace al menos un año que no ve a su hija y que tuvo problemas de toxicomanía, manifestando que consumía cocaína y porros; (iii) Esta falta de contacto fue la que aconsejó un régimen de visitas progresivo a desarrollar en el punto de encuentro, sin que tampoco lo haya cumplido, manifestando la madre en juicio que hacía cuatro años que no veía a la menor; (iv) No ha existido conducta obstruccionista de la madre para evitar los encuentros; (v) Lo que se ha constatado es un reiterado incumplimiento por el demandado de las obligaciones que venían impuestas en las sentencias y una absoluta dejación de los deberes más elementales para con su hija, que comenzó ya cuando la menor contaba muy temprana edad, afectando directamente a la relación paterno-filial, hasta el punto de provocar que la menor no tenga relación con su padre; (vi) Corolario de los anteriores hechos es la estimación de la demandada, en cuanto a la privación al demandado de la patria potestad de la menor, de conformidad con el artículo 170 del Código Civil .

4. La representación procesal del demandado interpuso recurso de apelación contra la indicada sentencia, del que conoció la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que dictó sentencia el 25 de marzo de 2014 por la que desestimaba el mismo.

5. El Tribunal de instancia se apoya en sentencias de esta Sala (STS de

5 de marzo de 1998 y 11 de octubre de 2004) para decidir sobre la privación de la patria potestad del progenitor que durante años ha hecho absoluta dejación de los deberes propios de la institución (art. 154 del Código Civil), negando que tal dejación obedezca a habérsele obstaculizado el desempeño de sus funciones, que ha tenido lugar tanto en lo afectivo como en lo económico una prolongación desmesurada en el tiempo, hasta convertirse en incumplimiento grave y reiterado de deberes. El Tribunal hace suya la extensa ponderación de la sentencia de la primera instancia. Añade que ello no impide (STS de 5 de marzo de 1998) que en el futuro, y en beneficio de la hija, puedan los Tribunales acordar la recuperación de la patria potestad, cuando



hubieran cesado las causas que motivaron la privación (art. 170, párrafo segundo, del Código Civil). Tampoco imposibilita la decisión que se acuerda el que el demandado pueda relacionarse con su hija en los términos del artículo 160 del Código Civil si así se solicita y se considerase, en su caso, procedente en el futuro.

6. La representación procesal del demandado interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC , en los términos que más adelante se recogerán, que fue admitido por Auto de la Sala de 20 de mayo de 2015 y, tras el oportuno traslado, fue impugnado por el Ministerio Fiscal por entender en esencia, que prescinde de los hechos declarados probados y, por ende, no se compadecen con estos la doctrina de las sentencias que se citan como referencia de interés casacional.

Recurso de Casación.

SEGUNDO.- Motivo Único. Enunciación y Planteamiento.

El recurso de casación, se interpone al amparo del ordinal 3º del artículo 477.2 de la LEC por infracción del artículo 170 del Código Civil y del artículo 39.1 de la Constitución Española . El interés casacional se funda en la existencia de doctrina jurisprudencial contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la privación de la patria potestad por impago de pensiones e incumplimiento del régimen de visitas.

En un sentido acorde con la sentencia recurrida, cita otra sentencia de la misma Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 7 de noviembre de 2005 que consideran como incumplimiento grave inherente a la patria potestad no ejercitar el régimen de visitas y el impago de pensiones.

En sentido contrario cita las sentencias de la Sección 1ª de la Audiencia

Provincial de Albacete de 4 de septiembre de 2009 y 30 de noviembre de 2012 que no consideran incumplimientos graves de la patria potestad para proceder a su privación, el no ejercitar el régimen de visitas y el impago de pensiones.

TERCERO.- Decisión de la Sala.

1. El artículo 170 del Código Civil prevé la facultad de que se pueda privar total o parcialmente de la patria potestad al que incumple los deberes inherentes a ella. No obstante la privación requiere que los progenitores incumplan tales deberes de forma grave y reiterada así como que sea beneficiosa para el hijo, pues la potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad y conlleva una serie de deberes personales y materiales hacia ellos en el más amplio sentido. De ahí que se afirme por autorizada doctrina que se trata de una función con un amplio contenido, no de un mero título o cualidad, y es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y, sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma.

2. Recuerda la Sala en la sentencia de 6 junio 2014, Rc. 718/2012 , que *"la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requieren por parte de los padres el cumplimiento de los deberes prevenidos en el artículo 154 del Código Civil , pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal, parcial o total, requiere, de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de modo constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, el hijo, en definitiva, lo cual supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada (SSTS de 18 octubre 1996 ; 10 noviembre 2005)"*.

3. Al la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la Sala (STS de 6 febrero 2012, Rc. 2057/2010) que se exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que la disposición se interprete con arreglo a las circunstancias del caso, "[...] sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho "(STS 523/2000, de 24 mayo). Como afirmábamos antes la patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor, formulándose las causas de su privación en forma de cláusula general en el artículo 170 CC , requiriendo que se apliquen en cada caso en atención a las circunstancias concurrentes. Por ello la STS 183/1998, de 5 marzo , dijo que la amplitud del contenido del artículo 170 CC y la variabilidad de las circunstancias "exigen conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación [...] en modo alguno puede prescindirse de que se trata de una facultad reglada, en cuanto que su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor [...]."

Por tanto este interés del menor debe tenerse en cuenta a la hora de examinar si la privación de la patria potestad es conveniente o no para la menor.

Interés que se ha visto potenciado y desarrollado por la Ley Órgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.



4. Aplicando tales criterios la STS 998/2004, de 1 de octubre , confirmaba una sentencia de privación del patria potestad porque el padre sólo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó a su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo).

5. La sentencia recurrida, partiendo de la doctrina que se ha expuesto, ha valorado los hechos que ha declarado probados con los criterios discrecionales, pero de racionalidad, que exige el ordenamiento jurídico. Así califica de graves y reiterados los incumplimientos del progenitor prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hija, sin acudir al punto de encuentro, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que la menor contaba muy poca edad; por lo que ha quedado afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio de la menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones legales que fuesen posibles, de futuro conforme a derecho, y que recoge el Tribunal de instancia.

6. Consecuencia de lo razonado es que el motivo no pueda estimarse, al no vulnerar la doctrina de la Sala. Hay sentencias que se han pronunciado en otro sentido pero por causas que aquí no se dan ni concurren conforme al factum de la sentencia recurrida. En algún caso era porque se olvidaban los hechos probados (STS 900/2005, de 10 octubre), o porque el padre desconocía el paradero de la hija a causa de que la madre se lo había ocultado (SSTS 654/2004, de 12 julio ; 1127/2003, de 27 noviembre), o por no existir un incumplimiento reiterado (STS 998/2004, de 11 octubre)

7. Conforme a lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC procede imponer al recurrente las costas del recurso.

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

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Iván , presentó recurso de casación contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 4ª), en el rollo de apelación nº 264/13, dimanante de los autos de juicio sobre atribución exclusiva de patria potestad y alimentos de hija menor nº 188/11 del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 2 de Palma de Mallorca.

2. Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

3. Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Firmado y Rubricado.- **José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas .- Eduardo Baena Ruiz.-**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el

EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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.