



Roj: **STS 433/2024 - ECLI:ES:TS:2024:433**

Id Cendoj: **28079110012024100115**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/01/2024**

Nº de Recurso: **5504/2022**

Nº de Resolución: **106/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 106/2024**

Fecha de sentencia: 30/01/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5504/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/01/2024

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 24.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 5504/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 106/2024**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 30 de enero de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Benita , representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Silvia Vázquez Senín y bajo la dirección letrada de D. Alejandro Muñoz Castro, contra la sentencia n.º 293/2022, de 30 de marzo, dictada por la Sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º



838/2021, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 545/2019 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles, sobre privación total de la patria potestad. La parte recurrida no se ha personado ante la sala. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.ª Benita interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Abel , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que se acuerde:

"la privación total de la patria potestad a Abel , respecto del menor, Agustín , y el otorgamiento exclusivo del derecho al ejercicio de la patria potestad a la madre del menor, todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada".

2. La demanda fue presentada el 30 de abril de 2019 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles, fue registrada con el n.º 545/2019. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

4. D. Abel no compareció por lo que fue declarado en situación de rebeldía procesal mediante diligencia de ordenación de 18 de junio de 2020.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Móstoles dictó sentencia de fecha 22 de septiembre de 2020, con el siguiente fallo:

"ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por Dña. Benita , representada por el procurador D. David Toboso Pizarro, frente a D. Abel , declarado en rebeldía, acordando las siguientes medidas definitivas:

"1) Se atribuye la guarda y custodia sobre el hijo menor común a Dña. Benita , la cual ejercerá, además y en exclusiva, la patria potestad, manteniéndose compartida su titularidad.

"2) No se fija régimen de visitas con el menor a favor de D. Abel ni contribución a los alimentos a su cargo, sin perjuicio de lo que pueda instarse en caso de variación de las circunstancias actuales a través de la oportuna demanda.

"Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.ª Benita .

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 838/2021 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 30 de marzo de 2022, con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de doña Benita contra la sentencia dictada en fecha 22 de septiembre de 2020 por el Juzgado núm. 7 de los de Móstoles en los autos de familia, guarda, custodia o alimentos de hijos no matrimoniales seguidos al número 545/2019 de los que el presente rollo dimana, debemos confirmar la referida resolución. Sin costas".

### TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. D.ª Benita interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación se fundamenta en la infracción de los arts. 154 y 170 CC.

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 18 de enero de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por Doña Benita contra la sentencia dictada con fecha de 30 de marzo de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 838/2021,



dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos de hijo no matrimonial n.º 545/2019 del Juzgado de Primera instancia n.º 7 de Móstoles".

3. Se dio traslado al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4. Por providencia de 3 de abril de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de mayo de 2023, fecha en que se dictó providencia que acordaba suspender el trámite de deliberación y fallo del presente recurso para oír a las partes por plazo común de cinco días a los efectos de los arts. 225.3 y 227.2 LEC, por si procedía acordar la nulidad de actuaciones promovida por el Ministerio Fiscal, toda vez que no consta notificada personalmente la sentencia dictada por la Audiencia al demandado.

5. Mediante auto de 3 de julio de 2023 se acordó devolver a la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, el rollo n.º 838/2021 para notificar al demandado la sentencia de 30 de marzo de 2022, así como darle traslado del recurso de casación interpuesto de contrario. Una vez cumplimentado lo anterior, las actuaciones fueron devueltas mediante oficio de 4 de septiembre de 2023.

6. En fecha 9 de octubre de 2023, se dictó auto por el que se inadmitía el incidente de nulidad promovido por el Ministerio Fiscal y se levantaba la suspensión acordada por providencia de 16 de mayo de 2023.

7. Mediante providencia de 6 de noviembre de 2023, se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso el 23 de enero de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto de este procedimiento versa sobre la privación de la patria potestad al padre que reconoció al niño en el momento de su nacimiento pero que, desde entonces, no ha mantenido ningún contacto con él, ni se ha interesado por su situación ni sus necesidades. En las dos instancias se ha desestimado la demanda de privación de la patria potestad interpuesta por la madre del niño contra el padre, que fue declarado en rebeldía en primera instancia y no se ha personado en ninguna de las instancias. Interpone recurso de casación la madre y su recurso va a ser estimado.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1. El 19 de abril de 2019, la Sra. Benita interpuso una demanda por la que solicitaba la privación total de la patria potestad del Sr. Abel respecto de su hijo común Agustín, a quien el Sr. Abel reconoció en el momento de su nacimiento el NUM000 de 2013, pero con el que no habría mantenido contacto desde entonces, ni nunca se había preocupado por su manutención o bienestar.

2. La sentencia de primera instancia, con estimación parcial de la demanda, atribuye la guarda y custodia del hijo menor a la madre demandante, a la que confiere el ejercicio en exclusiva de la patria potestad, pero mantiene compartida la titularidad de la patria potestad con el padre, declarado en rebeldía, a quien no atribuye derecho de visitas ni impone la obligación de alimentos.

La sentencia de primera instancia considera que no se ha aportado elemento de prueba ni hecho del que pudiera deducirse la concurrencia de alguno de los presupuestos de extrema gravedad que permitirían la privación de la patria potestad al padre demandado.

La sentencia no establece régimen de visitas a favor del padre, al no haber demostrado ningún interés en mantener contacto con el hijo y no conocer el juzgado ninguna circunstancia o condición suya que permita valorar si es o no de interés para el menor establecer visitas, y ello dejando a salvo que si iniciara relación con el hijo y comunicara su domicilio y situación, el padre pudiera instar una modificación de medidas.

3. Formulado recurso de apelación por la actora, la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia del juzgado.

Considera la sala de apelación que no existen motivos para privar al padre de la patria potestad, pero sí del ejercicio cotidiano y ordinario de dicha función tuitiva, porque esta corresponde en exclusiva a la madre, que es con quien el hijo está conviviendo, de manera que solo debería ser oído el padre en casos extremos de excepcional relevancia o singular transcendencia.

4. Se interpone por la madre actora recurso de casación.

5. Admitido el recurso de casación por la sala, el Ministerio Fiscal, en su dictamen, interesó la desestimación del recurso. El Ministerio Fiscal pone de relieve que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no fue



notificada personalmente al demandado por insuficiencia de los datos suministrados para su notificación (dirección incompleta).

En el día señalado para deliberación y fallo, a la vista de este dato, la sala acordó suspender el trámite de deliberación para oír a las partes. Dado el trámite de audiencia, se acordó la devolución del rollo de apelación a la Audiencia Provincial para que subsanase la falta de notificación personal de la sentencia al demandado en la forma prevista en el art. 161 LEC y se le diera traslado del recurso de casación a los meros efectos de conocimiento e ilustración de la posibilidad de personarse en esta sala, tomar conocimiento del recurso y oponerse, en su caso. Habiendo resultado negativa la diligencia de notificación de la sentencia al demandado, se levantó la suspensión y se señaló nuevo día para la deliberación.

**SEGUNDO.-** El recurso de casación se funda en un único motivo en el que la madre recurrente denuncia la infracción de los arts. 154 y 170 CC, por mantener la sentencia impugnada la titularidad compartida de la patria potestad, pese a que el padre, que reconoció al niño en el momento de su nacimiento, después no ha vuelto a tener contacto con él, y no desea tenerlo, no ha contribuido nunca a su manutención, ni ha acudido a visitarlo, por lo que sería evidente la concurrencia de un incumplimiento voluntario, grave y reiterado de los deberes con el hijo en común, que debería determinar la privación de la patria potestad.

**TERCERO.-** La sentencia 514/2019, de 1 de octubre, con cita de la sentencia 621/2015, de 9 de noviembre, a la que remite la sentencia 291/2019, de 23 de mayo, hace una síntesis de la doctrina de la sala sobre la privación de la patria potestad, que vamos a transcribir:

"1.- El art. 170 CC 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, rec. 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 art. 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.- A la hora de valorarse alcance y significado del incumplimiento de los referidos deberes también tiene sentado la sala (STS de 6 febrero 2012, rec. 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 art. 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 art. 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 Orgánica 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 de la 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)".

**CUARTO.-** El art. 170 CC contempla una medida excepcional, la privación por sentencia, de manera total o parcial, de la titularidad de la potestad parental en el caso de incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. Si afecta a uno solo de los progenitores, la privación determina que el otro se convierta en único titular de la potestad parental. La medida es reversible, por cuanto el art. 170. II CC contempla expresamente que, si



cesa la causa que motivó la privación, los tribunales podrán acordar la recuperación si redunde en beneficio e interés del hijo.

La sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, no priva de la patria potestad al padre demandado a pesar de que constata que no ha cumplido en modo alguno ninguno de los deberes inherentes a la patria potestad pues, tras la ruptura sentimental con la madre, producida durante el embarazo, se limitó a reconocer su paternidad cuando el niño nació, pero desapareció absolutamente de sus vidas a partir de ese momento. Considera la sentencia recurrida que no se alegan en el supuesto litigioso dificultades de la madre para la toma de decisiones en la vida cotidiana del hijo en áreas como la educativa, administrativa o sanitaria, por lo que no procede privar al progenitor absolutamente de la patria potestad, sino solo atribuir a la madre el ejercicio cotidiano y ordinario de la función, por ser con quien convive, y limitar la intervención del padre a que deba ser oído "en cuestiones que afecten al menor y que sean de extraordinaria o especial importancia, y solamente en casos extremos de excepcional relevancia o singular trascendencia el padre, si discrepa de manera razonable y abiertamente del criterio de la madre, podrá solicitar la decisión de la autoridad judicial".

La sala no comparte el criterio mantenido por las sentencias de instancia, que crean una situación de incertidumbre e inseguridad sobre los supuestos en los que la madre (o los terceros que se relacionaran con ella) deberían oír al padre para conocer su opinión, en decisiones que afectan al menor, lo que en nada redundaría en su beneficio. Permitir de esta manera abierta y difusa que interfiera en el ejercicio de la patria potestad a quien se ha desentendido de todo lo que afecta al niño desde su nacimiento (lo que tuvo lugar el NUM000 de 2013 hasta la actualidad, cuando el niño tiene ya diez años) no responde al beneficio del menor, pues ni el padre lo conoce, ni está al tanto de sus necesidades personales, materiales y afectivas, de su personalidad, ni de ninguna de sus circunstancias, ni tampoco este tribunal conoce cuáles serían las motivaciones y criterios del demandado a la hora de manifestar una opinión sobre una decisión referida al niño, respecto del que hasta el momento no ha manifestado en modo alguno preocupación o interés.

La misma falta de personación del padre en este procedimiento, a pesar de los intentos de notificación personal, confirma no solo su falta de preocupación, su desinterés, sino también la complejidad a la que abocaría la solución adoptada por la sentencia recurrida, que redundaría en perjuicio del menor cuando fuera preciso adoptar una decisión en la que se considerara necesario oír al padre por no ser "de la vida ordinaria" sino "de extraordinaria o especial importancia".

La sala considera que, en el caso, el beneficio e interés del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad solicitada.

En efecto, no se ve en qué forma la protección del interés del menor puede aconsejar mantener una titularidad de la patria potestad a favor de quien, desde el nacimiento del menor, no ha tenido relación con él, no se ha hecho cargo de su cuidado y manutención, no se ha preocupado de su situación ni ha velado en ningún momento por su protección y tutela. Mantener la titularidad de la patria potestad a pesar del reconocimiento de una ausencia total del padre en la vida del menor desde su nacimiento y de la dejación abandono de sus funciones aunque sea con un contenido mínimo que permita una interferencia en el ejercicio exclusivo de la patria potestad por la madre no redunde en beneficio del menor.

La privación no implica la extinción de la relación paterno filial y el demandado continúa ostentando el deber legal de velar por su hijo y prestarle alimentos, contenido de la filiación y no de la patria potestad ( arts. 39 CE y 110 CC).

La privación tampoco impide, como hemos dicho, que a instancias del padre interesado pueda recuperarse la patria potestad si, por un cambio de actitud estuviera dispuesto al cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad y ello resultara beneficioso para el hijo en atención a las circunstancias.

Como consecuencia de lo dicho, estimamos el recurso de casación, estimamos la demanda interpuesta por Benita y acordamos la privación total de la patria potestad de Abel respecto del menor Agustín .

**QUINTO.-** La estimación del recurso de casación determina que, de conformidad con lo establecido en el art. 398.2 LEC, no se impongan las costas de dicho recurso a ninguna de las partes.

Tampoco se imponen las costas de la apelación, dada su estimación.

Se mantiene la no imposición de costas de la primera instancia.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Benita contra la sentencia dictada con fecha de 30 de marzo de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación 838/2021, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos de hijo no matrimonial 545/2019 del Juzgado de Primera instancia 7 de Móstoles.

2.º- Casar la sentencia recurrida y en su lugar estimar la demanda interpuesta por Benita y acordar la privación total de la patria potestad de Abel respecto del menor Agustín . Ordenar la inscripción de oficio en el Registro Civil correspondiente de esta sentencia.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación y ordenar la procedencia de la restitución del depósito constituido.

4.º- No imponer las costas de las instancias.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

El Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio García Gutiérrez votó en sala pero no pudo firmar por encontrarse de licencia, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala Primera D. Francisco Marín Castán, conforme a lo dispuesto en el artículo 204.2 LEC.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.