



Roj: **STS 1661/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1661**

Id Cendoj: **28079110012019100278**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2019**

Nº de Recurso: **3383/2018**

Nº de Resolución: **291/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 291/2019**

Fecha de sentencia: 23/05/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3383/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/05/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE SANTANDER, SECCIÓN 2.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 3383/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 291/2019**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. **Eduardo Baena Ruiz**

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 23 de mayo de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 16 de mayo de 2017 por la Audiencia Provincial de Cantabria (sección 2.ª), en el rollo de apelación núm. 309/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario número 84/2014 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora Sra. Munar Serrano, en nombre y representación de D. Paulino.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida la procuradora Sra. Fernández de la Cruz Martín, en nombre y presentación de D.ª Juana.

Es parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

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

1.- La procuradora D.ª Carmen Donis García, en nombre y representación de D.ª Juana, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Paulino, ejercitando la acción de privación total de la patria potestad y régimen de visitas, respecto del menor Victorino, contra D. Paulino. En el suplico de la demanda solicita:

"Que teniendo por presentado este escrito, junto con los documentos que se acompañan se sirva y digne admitirlo, me tenga por comparecido y parte en la representación que ostento y por promovido Juicio Ordinario frente a D. Paulino y con citación al Ministerio fiscal se dicte sentencia por la que estimando la presente demanda, se acuerde la privación al demandado de la patria potestad y demás derechos inherentes a la misma, respecto de su hijo menor Victorino, sin perjuicio de que pueda decretarse su recuperación cuando hubiera cesado la causa que motiva la adopción de esta medida excepcional y así como la supresión del régimen de visitas. Y todo ello con expresa imposición de costas."

2.- Por decreto de 3 de marzo de 2014, se admitió a trámite la demanda dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador de los Tribunales D. Luis Velarde Gutiérrez, en nombre y representación de D. Paulino, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"Que teniendo por presentado este escrito y los documentos acompañados, lo admita, tenga por contestada la demanda de juicio ordinario interpuesta en su contra y, tras los trámites procesales oportunos, se dicte en su día sentencia por la que con desestimación total de la misma, se absuelva al demandado de todos los pedimentos de la demanda y se condene a la actora al pago de las costas procesales."

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de DIRECCION000 dictó sentencia el 20 de febrero de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora Sra. Donis García, en nombre y representación de D.ª Juana contra D. Paulino se acuerda modificar la sentencia dictada en el procedimiento de medidas paramatrimoniales n.º 149/2009, seguido ante este Juzgado, de fecha 07/09/2009, quedando el régimen de visitas del padre con el hijo fijado en los términos recogidos en el fundamento de derecho quinto de esta resolución.

"Todo ello sin imposición de las costas causadas."

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

1.- Contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de DIRECCION000 interpuso recurso de apelación la representación procesal de D.ª Juana, correspondiendo su resolución a la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander, que dictó sentencia el 8 de mayo de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"1) Estimar el recurso de apelación y revocar la sentencia de instancia;

"2) Estimar la demanda interpuesta por la representación de D.ª Juana contra D. Paulino y acordar la privación de la patria potestad que ostenta el demandado sobre el hijo común de los litigantes Victorino, y que será inscrita de oficio en el Registro Civil correspondiente; con imposición de las costas de la primera instancia a la parte demandada,

"3) No imponer las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes.



"Esta sentencia no es firme y contra ella caben los recursos extraordinarios de casación y por infracción procesal, para ante el Tribunal supremo, que deben interponerse en legal forma ante esta Audiencia en plazo de veinte días."

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

1.- Contra la anterior sentencia dictada por la sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Santander, interpuso recurso de casación la representación procesal de D. Paulino , con base en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por oposición a la jurisprudencia de Tribunal Supremo al amparo del art. 477.1 de la LEC , en relación con los artículos 477.2. 3.<sup>a</sup> y 477.3 del mismo cuerpo legal , por incorrecta interpretación de lo dispuesto en el. art. 170.1 del CC en relación con el artículo 154.2 del mismo cuerpo legal .

Motivo segundo.- Por infracción del art. 39. 2 y 3 de la CE en relación con el art. 3.1 y 8.1 de la Convención del Derecho del niño.

2.- La sala dictó auto el 21 de noviembre de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Paulino , contra la sentencia dictada con fecha 16 de mayo de 2017 por la Audiencia Provincial de Cantabria (sección 2.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación núm. 309/2017 , dimanante de los autos de juicio de modificación de medidas número 84/2014 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000 .

"2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida, formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado al Ministerio Fiscal."

3.- La representación procesal de la parte recurrida, manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 7 de mayo de 2019 en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

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

1.- El procedimiento se inicia por demanda que presenta D.<sup>a</sup> Juana , progenitora custodia del menor nacido en 2005, el cual nació de una relación sentimental con el demandado, que se rompió en 2007. Solicita la privación de la patria potestad, con las medidas a ello inherentes, y sin perjuicio de la posible recuperación cuando cese la causa que lo motivó.

El demandado se opone, negando la dejación de sus deberes como padre respecto del menor; precisa que se hizo cargo del menor hasta que en el año 2009 la madre interpuso procedimiento contra el demandado; alega que es transportista, lo que de por sí dificultaba el cumplimiento del régimen de visitas en la forma acordada, siendo además que la madre obstaculizaba el mismo; que le afectó la crisis y que en la medida de sus posibilidades ha hecho frente al pago de la pensión.

2.- Mediante sentencia dictada en primera instancia de fecha 20 de febrero de 2017 , se desestima la demanda. En ella se reflejan como hechos los siguientes: que el menor nació en 2005, que la ruptura de la pareja se produjo cuando tenía 16 meses el menor, que las relaciones paterno filiales se regularon por sentencia de fecha 7 de septiembre de 2009 , en que se fijó una pensión de alimentos a favor del hijo de 1500,00 euros mensuales, sin que el padre abonase pensión desde junio de 2009 a enero de 2011 por lo que fue condenado por sentencia de fecha 16 de abril de 2012 , como autor de un delito de abandono de familia. Más tarde el progenitor instó demanda de modificación de medidas para reducir el importe de la pensión de alimentos, fijándose en sentencia de fecha 21 de noviembre de 2013 en la cantidad de 280, 00 euros mensuales; comenzando a efectuar pagos en mayo de 2012, por importe de 150 euros mensuales, de forma regular y conforme a lo establecido en la última sentencia, desde enero de 2014. Considera la magistrada que que tales hechos, conforme a la doctrina del TS, en modo alguno justifica la adopción de una medida tan grave como la solicitada. Respecto de la alegación de la madre sobre que en los últimos seis años ha sido ella quién ha asumido en exclusiva el cuidado de su hijo, sin que el padre mantuviera contacto con él, manifiesta que las versiones son opuestas, ya que el demandado sostiene que la actora no le ha permitido el contacto, que le dijeron que si no pagaba la pensión no podía ver al niño, que le amenazaba con que avisaría a la Guardia Civil si intentaba verle, que fue denunciado en dos ocasiones por violencia de género y acoso, y terminó en el Juzgado, por lo que no volvió a intentarlo, ratificando en el acto del juicio el abuelo paterno que la madre se negó a que tuvieran



contacto con el menor, que les amenazó con denunciarles y que si el padre no pagaba la pensión no verían al niño. No quedando por tanto acreditado, según la juzgadora, el verdadero motivo por el cual el padre e hijo no se han visto estos últimos años. Por todo ello, y dado el carácter excepcional de esta medida, no encuentra motivos para acceder a ella. En la propia sentencia se refleja que el Ministerio Fiscal ha solicitado, mientras se retoma la relación padre e hijo, que se atribuya a la madre el ejercicio de la patria potestad, y concluye que dado que el ejercicio de la patria potestad se ha venido ejercitando por la madre, quién nada consultó al padre y que este tampoco manifestó discrepancia sobre lo decidido por ella, se acuerda que el ejercicio de la patria potestad sea ejercido por ambos progenitores, sin que proceda acordar ni la privación de la patria potestad al padre, ni la atribución en exclusiva de su ejercicio a la madre, y en caso de discrepancia se acuda a los cauces legales. Acuerda un régimen de visitas progresivo, a través del PEF de Santander: los primeros cuatro meses, una visita cada quince días tutelada, los cuatro siguientes, una visita cada quince días no tutelada, los cuatro siguientes, una visita semanal sin tutela, pasados estos, y durante un año, sábados alternos, de 10 a 18 horas, sin pernocta; y transcurrido otro año, sábados y domingos alternos, de 10 a 20 sin pernocta, y transcurrido, fines de semana alternos desde las 20 horas del viernes al domingo a las 20.00 y mitad de periodos escolares.

En la sentencia, y respecto del régimen de visitas, valora la juzgadora, por remisión, el informe psicosocial emitido en el procedimiento por los Equipos Psicosociales de los Juzgados y Tribunales del Gobierno de Cantabria, en el que se concluye que no existe inconveniente en que se inicien encuentros entre el progenitor y su hijo, recomendando la intervención del Punto de encuentro de Santander, dadas las características del presente caso y con la frecuencia que los profesionales de este litigio estimen oportuna; añadiendo que para favorecer el desarrollo afectivo y la estabilidad emocional del menor es deseable un entorno lo más armónico posible, que garantice el derecho del hijo a contar con una madre y un padre, afianzando vínculos de afecto y apego con ambos progenitores.

**3.-** La anterior sentencia fue recurrida en apelación por la parte actora y la Audiencia Provincial estimó el recurso, pero la sentencia que así decidió fue anulada por esta sala, previo el oportuno recurso, por falta de motivación, en sentencia 171/2018, de 23 de marzo, que ordenó reponer las actuaciones a la fase de dictado de la sentencia, a fin de que el tribunal de apelación, con libertad de criterio, motivase su decisión, teniendo en cuenta los razonamientos expuestos por la sala.

**4.-** Devueltos los autos a la audiencia se dicta nueva sentencia por la audiencia, de fecha 8 de mayo de 2018, que estimando el recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia, acuerda la privación de la patria potestad del padre respecto del menor, y procede a motivar la decisión de privar de patria potestad al recurrente, procediendo a completar los argumentos expuestos en la sentencia que dictaron en fecha 16 de mayo de 2017, que fue recurrida en casación y por extraordinario por infracción procesal, dando lugar al recurso CIP 2999/2017.

La audiencia, motiva la privación de la patria potestad, sobre la base de i) la desatención personal de D. Paulino hacia su hijo y ii) la desatención económica del mismo hacia su hijo, y iii) valorando en último lugar el informe psicosocial obrante en autos.

i) En relación la desatención personal al menor nacido en agosto de 2005, considera que la falta de comunicación tan prolongada- desde 2009, según la madre depuso en su interrogatorio- supone por sí un gravísimo incumplimiento de las obligaciones del padre respecto del menor, que justifica la privación instada. Considera que D. Paulino no ha probado que ese comportamiento no sea voluntario, pues aunque alega denuncias de la madre del menor para dificultar el trato, tesis que también mantuvo el abuelo paterno, no hay indicios de dichas denuncias; además considera que no hay prueba de oposición de la madre al trato paterno filial y que no consta ninguna actuación del padre para aproximarse al menor, constando por el contrario que promovió procedimiento de modificación de medidas instado por él referido a las obligaciones económicas en 2012 y consta sentencia penal por el que se le condenaba por delito de abonado de familia, concluyendo que cabe entender que el alejamiento del padre respecto del menor lo fue voluntario y libre.

ii) En relación con la desatención económica, considera que entre junio de 2007 y mayo de 2012 no contribuyó en absoluto a la alimentación de su hijo y desde entonces hasta diciembre de 2013 lo hizo de manera irregular pagando solo 150,00 euros mensuales cuando lo era de 1500,00 euros; a partir de sentencia de 21 de noviembre de 2013 la pensión se fijó en 280,00 euros mensuales, siendo que desde enero de 2014 el cumplimiento se regularizó en lo esencial, destaca que los pagos efectuados no se hicieron conforme a lo dispuesto en las resoluciones judiciales.

iii) Respecto de la valoración del informe psicosocial, resuelve que no es vinculante, siendo que el tribunal considera que los encuentros paterno filiales y el mantenimiento de la patria potestad, no redundan en interés del menor por mucho deseo que tenga el padre de recuperar la relación perdida. Además relata que conforme al indicado informe el menor está perfectamente acomodado a su actual realidad familiar, presentado un vínculo



y apego afectivo normalizado y positivo hacia su madre y la pareja de esta, llamándole papa. Concluye que el interés del menor justifica la privación de la patria potestad y el cese de cualquier derecho a relacionarse personalmente con el menor, por lo que no establece régimen de visitas.

**5.-** La representación procesal del demandado don Paulino interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo del apartado 3 del art. 477. 2 LEC , que articula en dos motivos:

(i) Motivo primero. Oposición a la jurisprudencia de Tribunal Supremo al amparo del art. 477.1 de la LEC , en relación con los artículos 477.2. 3 .ª y 477.3 del mismo cuerpo legal , por incorrecta interpretación de lo dispuesto en el art. 170.1 del CC en relación con el artículo 154.2 del mismo cuerpo legal , con desconocimiento de la doctrina legal establecida en las sentencias de la sala civil de Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2004, n.º 653/2004, rec. 4793/1999 y la de fecha 10 de febrero de 2012, n.º43/2012, rec. 1269/2010 resultando, vulnerada en la sentencia recurrida dicha jurisprudencia conforme a la cual aunque el demandado ha incumplido durante años sus obligaciones para con su hijo, sin embargo no se estima pertinente privarle de la patria potestad, al ser esa privación una sanción que ha de ser interpretada de forma restrictiva,

La medida de privación de la patria potestad reviste un carácter excepcional aplicable a aquellos supuestos, en los que concurren circunstancias extremas, que pongan en grave peligro la educación y formación de los hijos, no bastando la concurrencia de causas objetivas como las determinadas en la sentencia recurrida para acordarla, sino que ha de atenderse a criterios relativos a la concreta oportunidad.

(ii) Motivo segundo. Por infracción del art. 39. 2 y 3 de la CE en relación con el art. 3.1 y 8.1 de la Convención del Derecho del niño aprobada por la Asamblea General de las naciones unidas de 20 de noviembre de 1989, el artículo 24. 3 de la carta de los Derechos fundamentales de la UE, que reconoce expresamente el derecho de todo niño de mantener el contacto con su padre y su madre, (el TJUE considera que ese derecho esta incuestionablemente ligado al interés superior del niño) y el art. 2.1 de la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio , de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, por cuanto la sentencia recurrida no prima, en su decisión, el derecho del menor, conforme al que debe interpretarse los arts. 154 y 170 del C.

La sentencia recurrida infringe en este punto la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias STS de fecha 12 de julio de 2004, n.º 653/2004, rec. 4793/1999 y STS de fecha 6 de junio de 2014, n.º 315/2014, rec. 718/2012 .

**6.-** La sala dictó auto el 21 de noviembre de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación interpuesto.

La parte recurrida formalizó, en plazo, escrito de oposición al recurso.

**SEGUNDO.-** *Decisión de la sala.*

De conformidad con lo que autoriza la doctrina de la sala, vamos a enjuiciar conjuntamente ambos motivos por la estrecha relación que guardan entre sí.

La sentencia 621/2015, de 9 de noviembre , hace una síntesis de la doctrina de la sala sobre la privación de la patria potestad, que vamos a transcribir para la mejor inteligencia de la presente resolución.

La síntesis es la siguiente:

"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, 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 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, 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 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 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 )."

**TERCERO.**- A partir de la citada doctrina procede el examen del caso enjuiciado a fin de valorar si la sentencia recurrida se aparta de ella, bien entendido que la interpretación habrá de compadecerse con las circunstancias del caso, sin prevalecer una consideración exclusivamente objetiva del supuesto de hecho.

**1.-** La Audiencia Provincial en la sentencia que fue anulada contenía la siguiente motivación en apoyo de la privación de la patria potestad:

"Con independencia de las causas que pudieron concurrir en su momento, las complejas relaciones personales entre los litigantes y la posición económica de cada uno de ellos tras la ruptura de la convivencia en común, lo cierto es que no ha existido comunicación alguna entre el menor y su padre en los últimos ocho años, y éste no ha abonado puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño, habiendo sido condenado penalmente por esa razón como autor de un delito de abandono de familia.

"La total desatención personal que supone la falta de trato alguno entre un padre y su hijo durante su primera infancia, unido a la desatención patrimonial, únicamente corregida recurriendo a la vía ejecutiva, revelan objetivamente un grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad.

"La privación de la misma, y por lo tanto la exclusión del padre en la toma de decisiones en relación con el menor, además de reducir el riesgo de conflicto entre los progenitores asegura al niño una estabilidad y seguridad que ha de redundar en su beneficio y viene a formalizar una situación que de hecho es la que ha venido sucediendo durante la mayor parte de su vida.

"Desde esta perspectiva, el interés del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad solicitada.

"La privación de la patria potestad conlleva el cese de cualquier derecho del padre a relacionarse personalmente con su hijo, razón por la que no ha lugar a establecer régimen de visitas alguno."

**2.-** La sala en la sentencia 171/2018, de 23 de marzo , que anuló, según se ha dicho, la sentencia de la audiencia de fecha 16 de mayo, expone lo siguiente:

"En el supuesto enjuiciado la sentencia recurrida fundamenta la privación de la patria potestad y, por ende, del régimen de visitas entre padre e hijo, en dos hechos: (i) la falta de comunicación alguna entre el menor y su padre en los últimos ocho años y (ii) en que éste no ha abonado puntualmente y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas en favor del niño, habiendo sido condenado penalmente por esa razón como autor de un delito de abandono de familia.

"En relación a la falta de comunicación entre padre e hijo no motiva porque obedece a un grave incumplimiento de sus obligaciones por parte del padre, con desatención personal hacia el hijo, teniendo en cuenta que venía obligada a hacerlo la sentencia recurrida, pues en ella se revisa la de primera instancia y ésta motiva con detalle que no ha quedado acreditado el verdadero motivo por el cual durante éstos últimos años padre e hijo no se han visto.

"Se aprecia que la parte actora, al formular el recurso de apelación, insiste en la referida desatención personal del padre hacia el hijo, pero sin plantear ni razonar el error en la valoración de la prueba de la sentencia de la primera instancia sobre tal extremo, por lo que, la sentencia recurrida venía obligada a tener como probado



lo sentado por aquella o, en su caso, motivar porque imputa la falta de comunicación entre hijo y padre solo y exclusivamente a la conducta de éste.

"El otro hecho *ratio decidendi* de la sentencia de apelación, consiste en la falta de abono puntual por el padre de sus obligaciones alimenticias.

"Destaca que el padre fue condenado por delito de abandono de familia por tal motivo, pero obvia que, a partir de la sentencia de 21 de noviembre de 2013 sobre modificación de medidas, en la que se redujo la pensión a 280 € mensuales, el demandado comenzó a efectuar pagos en mayo de 2012 por importe de 150 € mensuales desde enero de 2014 de 280 €, de forma regular y conforme a lo establecido en la última sentencia.

"Conocer por qué éstas circunstancias no se valoran, a efectos de considerar grave el incumplimiento de su obligación, supone una relevante falta de motivación, sobre todo si se atiende a la sentencia de la sala 621/2015, de 9 de noviembre, citada precisamente por la actora en su recurso de apelación, que establece las circunstancias que justifican una sanción tan grave como es la pérdida de la patria potestad y la necesidad de valorar la singularidad de cada supuesto, lo que supone la necesaria remisión al resultado de la prueba practicada.

"Finalmente cabe destacar que, en aras al interés del menor, era necesario que la sentencia recurrida valorara lo que a tal fin contiene el informe del equipo psicosocial y, sin embargo, lo obvia completamente."

**3.-** La sentencia, aquí recurrida, insiste en fundar la pérdida de la patria potestad en la (i) desatención personal de don Emiliano hacia su hijo y (ii) la desatención económica de aquel hacia este.

Sin embargo da cumplimiento a lo resuelto por la sala, y motiva cumplidamente ambos hechos, así como la valoración del informe psicosocial obrante en autos a efectos del interés del menor.

**4.-** La motivación respecto a la desatención personal de D. Paulino hacia su hijo es la siguiente:

"(i) La falta de comunicación y de cualquier trato entre Victorino, nacido el NUM000 de 2005 desde 2009 es un hecho afirmado por la madre que en su interrogatorio; debiendo valorarse sus respuestas conforme a las reglas de la sala crítica (art. 316. 2 LEC) y otorgarlas credibilidad por la firmeza y convicción con la que declaró en juicio y por no estar contradicha por ninguna otra prueba, pues el padre retrotrajo a 2007 la ausencia de cualquier relación, la trabajadora social a un tiempo impreciso en el que el menor contaba menos de dos años.

"(ii) Este hecho, una falta de comunicación tan prolongada, revela per se un gravísimo incumplimiento de las obligaciones por parte del padre en relación con su hijo menor de edad, qué basta para Justificar la privación de la patria potestad acordada,

"(iii) Ninguna justificación se aporta por D. Paulino de un comportamiento que, en principio, cabe presumir voluntario, debiendo destacarse que aunque el apelante se ha referido insistentemente a la existencia de denuncias formuladas por la madre del menor para dificultar el trato, tesis en la que le siguió también su padre, el abuelo paterno del menor, lo cierto es que no hay indicio alguno de esas denuncias de la madre hacia él, lo que hubiera sido fácilmente comprobable acudiendo a registros judiciales o policiales.

"(iv) Además de no demostrarse la oposición de la madre al trato paterno filial, este tribunal no puede obviar que durante todos esos años, ninguna conducta procesal o extraprocesal ha desarrollado D. Paulino -ni tampoco el abuelo paterno- para aproximarse a Victorino. Es cierto que el apelante se refirió a regalos diversos -lo que negó la madre sin que exista ninguna prueba más al respecto- y que también declaró que si no había denunciado a la madre por impedir visitas, lo fue por ignorancia, por "no saber cómo va eso" excusa increíble pues bien que se sirvió de asistencia letrada en el proceso que concluyó por sentencia de 7 de septiembre de 2009 o promovió él mismo un procedimiento de modificación de medidas, eso sí sólo referido a sus obligaciones económicas en 2012. Además de esos procedimientos civiles, contra D. Paulino se siguió un proceso que terminó con su condena por un delito de abandono de familia."

Como corolario de todo ello concluye que el alejamiento del padre respecto del menor fue libre y conscientemente impuesto de manera unilateral por aquel.

**5.-** La motivación respecto a la desatención económica de D. Paulino hacia su hijo es la siguiente:

"(i) Es preciso partir de la constatación de que D. Paulino no ha abonado puntual y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas a favor del niño. Así a través de la prueba documental se comprueba que:

"1) D. Paulino venía obligado a satisfacer en concepto de alimentos para Victorino :

"a) Por el convenio de 5 de junio de 2007 (mencionado en la sentencia de 7 de septiembre de 2009 de JPI n.º 5 de DIRECCION000 que obra en autos) 4000 euros mensuales (se englobaban otros conceptos además de alimentos filiales);



"b) Por auto de 16 de junio de 2009 -provisionales 154/2009 (según sentencia penal que obra en autos), 1000 euros mensuales;

"c) Por sentencia de 7 de septiembre de 2009 -definitivas 149/2009 (aporta con la demanda), 1500 euros mensuales, pagaderos en cuenta bancaria de la madre en los primeros días de mes y actualizables anualmente conforme al IPC.

"d) Por sentencia de 21 de noviembre de 2013 -modificación de medidas 86/2012 (obrante en las actuaciones), 280 euros mensuales, también pagaderos en la cuenta de la madre en los primeros días del mes y actualizable anualmente conforme al IPC.

"2) D. Paulino no pagó ninguna cantidad de las debidas hasta mayo de 2012.

"3) A partir de esa fecha y tras la presentación en 2011 de una demanda de ejecución en reclamación de lo debido, y el inicio de actuaciones penales que concluirán con una sentencia condenatoria, D. Paulino comenzó a hacer algunos pagos por alimentos. Las copias de las transferencias ordenadas por D. Paulino o una tercera persona (M. Joaquina ) a la cuenta judicial, revelan dos grupos de pagos:

"a) Pagos de periodicidad más o menos mensual e importe fijo de 150 euros efectuados entre mayo de 2012 y diciembre de 2013 (con devoluciones en octubre de 2012 y marzo y mayo de 2013);

b) Pagos, también de periodicidad más o menores mensual e importe fijo de 230 euros, efectuados entre enero de 2014 (aunque en el resguardo aparece sobreescrito "anulado") y abril de 2015.

"(ii) En resumen, entre junio de 2007 y mayo de 2012 D. Paulino en absoluto contribuyó a la alimentación de su hijo; A partir de mayo de 2012 hasta diciembre de 2012 lo hizo de manera irregular pagando sólo 150 euros al mes (y no todos los meses) cuando la obligación vigente en ese periodo lo era de 1500 euros; Sólo desde enero de 2014 el cumplimiento se regulariza en lo esencial, con los pagos de 280 euros mensuales antes indicados. Ninguno de esos pagos, de 150 o 280, se hizo con observancia estricta de lo resuelto pues no se abonaron directamente en la cuenta de la acreedora en los primeros días del mes y, con la actualización que hubiera procedido. No consta ningún pago pendiente a reducir la importante deuda acumulada, pues los hechos parecen imputarse a la mensualidad corriente al tiempo del pago. Es por esto por lo que la sentencia anulada consideró que D. Paulino no había abonado puntal y voluntariamente las pensiones alimenticias establecidas a favor del niño, lo que operaba como concausa para la privación de la patria potestad, debiendo explicitarse ahora que los pagos posteriores a mayo de 2012 (seguramente vinculados con las acciones penales y ejecutivas) no pueden tener la virtualidad de minorar la extrema gravedad de lo sucedido con anterioridad, máxime cuando ni siquiera se ajustan a las resoluciones judiciales que los ordenan ni sirven para reducir la deuda acumulada."

**6.-** En lo relativo a la valoración del informe psicosocial motiva lo que sigue:

"En el caso concreto sucede que la trabajadora social se limita a manifestar que no se encuentra inconveniente para iniciar encuentros paternofiliales. Sin embargo, este tribunal no considera que esos encuentros, ni el mantenimiento de la patria potestad, redunden en el interés del menor por mucho deseo que tenga el padre de recuperar la relación perdida después de muchos años de desatención personal y patrimonial grave. El informe, además de referirse a ese deseo paterno, advierte que Víctorino está perfectamente acomodado a su actual realidad familiar, que que presenta un vínculo y apego afectivo normalizado y positivo hacia su madre, llamando "papá" a la pareja de esta, del que el niño dice que es una persona que "me cuida y me riñe".

"Es por ello, por lo que no cabe sino concluir, tras valorar expresamente ese informe, que el interés del menor justifica la procedencia de la privación de la patria potestad solicitada, privación que lógicamente conlleva el cese de cualquier derecho de D. Paulino a relacionarse personalmente con su hijo, por lo que no ha lugar a establecer régimen de visitas alguno."

**CUARTO.-** Tras esta concienzuda y meticulosa motivación sobre los hechos que la sentencia recurrida considera que justifican la pérdida por el padre de la patria potestad del menor, así como de la valoración del interés del menor en que así sea, se ha de convenir en la calificación de graves y reiterados de los incumplimientos del progenitor, prolongados en el tiempo, sin relacionarse con su hijo, haciendo dejación de sus funciones tanto en lo afectivo como en lo económico, y sin causa justificada, y todo ello desde que el menor contaba muy poca edad.

Las circunstancias económicas del recurrente podrían justificar no pagar la pensión alimenticia fijada a favor del menor, en la cuantía señalada, pero nunca no pagar nada, con desatención total de su obligación.



Todo ello ha provocado que quede afectada la relación paterno-filial de manera seria y justifica que proceda, en beneficio del menor, la pérdida de la patria potestad del progenitor recurrente, sin perjuicio de las previsiones que fuesen posibles de futuro, conforme a derecho.

Consecuencia de lo razonable es que el recurso no puede estimarse, al no vulnerar la sentencia recurrida la doctrina de la sala.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394. 1 y 398. 1 LEC , procede imponer al recurrente las costas del recurso.

## **FALLO**

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

**1.º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por la procuradora Sra. Munar Serrano, en nombre y representación de D. Paulino , contra la sentencia dictada con fecha 16 de mayo de 2017 por la Audiencia Provincial de Cantabria (sección 2.ª), en el rollo de apelación núm. 309/2017 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 84/2014 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de DIRECCION000 .

**2.º** Confirmar la sentencia recurrida, declarando su firmeza.

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

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

Así se acuerda y firma.