En la Villa de Madrid, a seis de febrero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos de casación interpuestos ante la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, por la Letrada de la Comunidad de Madrid en representación y defensa de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, y por la procuradora Dª Silvia Albadalejo Díaz-Alabart, en nombre y representación de los adoptantes propuestos por la comisión de Tutela del menor de la Comunidad de Madrid, del menor Miguel, contra la Sentencia dictada, el día 22 de enero de 2010, por la referida Audiencia y Sección, en el rollo de apelación núm. 1378/2008, que resolvió la demanda sobre petición de asentimiento en la adopción de su hijo menor Miguel, seguida ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid, en los autos núm. 317/2008. Ante esta Sala comparece la Procuradora Dª Silvia Albaladejo Díaz-Alabart, en nombre y representación de los adoptantes propuestos por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, al tiempo que la Letrada de la Comunidad de Madrid, personándose ambos en concepto de partes recurrentes. El procurador D. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Luis, presentó escrito el día 11 de enero de 2011, personándose en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 80 de Madrid, D. Luis, interpuso demanda de reconocimiento de asentimiento de adopción de su hijo menor de edad Miguel.

El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia por la que se estime la demanda y se declare el derecho de Luis, en tanto que progenitor del menor objeto del expediente a asentir con carácter necesario a la adopción de su hijo menor, Miguel (sic), con expresa condena en costas a la Comisión de Tutela de la Comunidad de Madrid".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados los demandados, alegando la Procuradora Dª Silvia Albaladejo Diaz Alabart, en nombre y representación de los adoptantes propuestos por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid Miguel, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando:

"... se dicte Sentencia por la que se desestime la demanda y se declare que el padre biológico del menor incurso en causa de privación de patria potestad".

La Letrada de la Comunidad de Madrid, en representación y defensa de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso y terminó suplicando:

"...se deniegue la solicitud del reclamante referida a la necesidad de recabar su asentimiento en el procedimiento de adopción, del que el presente aparece

como “incidente suspensivo”, y ello por todo lo argumentado en el cuerpo de este escrito”.

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a la Vista prevenida en la LEC, practicándose en dicho acto las pruebas declaradas pertinentes y con el resultado que consta en autos.

El Ministerio Fiscal emitió el correspondiente informe.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 80 de Madrid dictó Sentencia, con fecha 31 de julio de 2008, y con la siguiente parte dispositiva:

“Fallo: Que desestimando, como desestimo la demanda formulada por el Procurador Sr. Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Luis, sobre la necesidad de contar con su asentimiento para la adopción de su hijo Miguel, debo declarar y declaro no ser necesario el asentimiento del demandante para la adopción de su hijo menor, debiendo ser citado en el referido expediente únicamente para ser oído. Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes”.

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Luis. Sustanciada la apelación, la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 22 de enero de 2010, con el siguiente fallo:

“Que estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Felipe Juanas Blanco en nombre y representación de D. Luis contra la sentencia dictada en fecha 31 de julio de 2008 por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 80 de Madrid en los autos de Adopción núm. 317/08 entre el antedicho y la Comisión de Tutela del Menor y los Adoptantes debemos revocar y revocamos la citada resolución en el sentido de que declaramos el derecho del demandante a asentir con carácter necesario a la adopción de su hijo menor Miguel, sin hacer expresa imposición de costas”.

La representación de D. Luis, presentó escrito solicitando complemento de la sentencia, dictándose con fecha 24 de septiembre de 2010, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente:

“Que no ha lugar al complemento de resolución solicitando por el Procurador D. Felipe Segundo Juanas Blanco en nombre y representación de D. Luis, sin hacer expresa imposición de costas”.

TERCERO.- Anunciados recurso de casación por los Adoptantes propuestos por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, y dicha parte representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Silvia Albaladejo Diaz Alabart lo formalizó en base a los siguientes motivos:

Primero.- Infracción del art. 39 de la CE, y el art. 2 de la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y la jurisdicción concordante.

Segundo.- Infracción del art. 177.2.2º del Código Civil, en relación con lo dispuesto en los arts. 170 y 154 del Código Civil.

La Comunidad de Madrid, por medio de su Letrada, formalizó recurso de casación en base a los siguientes motivos:

Primero.- Vulneración del art. 177.2.2º del C. Civil

Por resolución de fecha 17 de noviembre de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora Dª Silvia Albaladejo Díaz-Alabart en nombre y representación de los adoptantes propuestos por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, al tiempo que la Letrada de la Comunidad de Madrid, personándose ambos en concepto de partes recurrentes. El procurador D. Felipe Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Luis, presentó escrito el día 11 de enero de 2011, personándose en concepto de parte recurrida.

Admitido los recursos y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Felipe S. Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Luis, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO.- Se señaló como día para votación y fallo del recurso el dieciocho de enero de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido ponente la Excma. Sra. Dª Encarnación Roca Trías,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados

1º De las relaciones entre Dª Carmen y D. Luis nació un niño, Miguel, el 19 octubre 2006. No se inscribió la filiación paterna. La madre manifestó su voluntad de dejar al niño bajo la tutela de la Comunidad de Madrid para su posterior adopción. La Comisión de tutela del menor de dicha comunidad declaró el desamparo y asumió la tutela.

2º D. Luis fue condenado en fecha 6 junio 2006, por el Juzgado de violencia contra la mujer núm. 4 de Madrid, como autor de un delito de maltrato con atenuante de drogadicción, cometido en la persona de la madre Dª Carmen, al conocer el embarazo.

3º Después del nacimiento del niño, D. Luis interpuso una demanda de reclamación de paternidad, que fue resuelta de forma positiva por sentencia de 4 octubre 2007. A pesar de todo ello, no llegó a tener contacto con del menor.

4º La Comisión de tutela del menor de la Comunidad de Madrid dio al niño en acogimiento familiar preadoptivo e inició los trámites de la adopción. El Sr. Luis

solicitó la suspensión del procedimiento y que se tramitara el incidente regulado en el art. 781 LEC, a los efectos de poder prestar su asentimiento para la adopción, según lo establecido en el art. 177.2, 2 CC. A ello se opuso la Comisión de tutela del menor, considerando que el padre se hallaba incurso en causa de privación de la patria potestad, por lo que, de acuerdo con el art. 177 CC, no podía prestar tal consentimiento.

5º La sentencia del Juzgado de 1ª instancia núm. 80 de Madrid, de 31 julio 2008, desestimó la demanda incidental. La necesidad de prestar el asentimiento para la adopción depende de si el padre estaba incurso en causa de privación de la patria potestad, "(…) porque el protagonismo que en dicho negocio familiar debe atribuirse a los padres del adoptando viene anudado a la pérdida o vigencia de la patria potestad y, en definitiva, al cumplimiento o desatención de los deberes paterno-filiales en que consiste";
b) no se exige que los incumplimientos hayan sido dolosos, "porque no se trata de sancionar al progenitor que pueda considerarse indigno, sino de amparar los derechos e intereses del hijo, ante una situación de riesgo o abandono (…)";
c) "(…) el momento en que hay que apreciar si el padre está incurso o no en causa de privación de la patria potestad es el del desamparo y en aquel momento, que no es otro que el del nacimiento del menor, lo estaba".
Resumiendo los hechos ocurridos, acabó considerando que el niño hubiera estado desprotegido desde el nacimiento hasta la declaración de la filiación, porque el padre no había cumplido sus obligaciones de protección y por ello, estaba incurso en causa de privación de la potestad y no debía concurrir prestando el asentimiento para la adopción.

6º La SAP, sección 22, de Madrid, de 22 enero 2010, estimó el recurso de apelación formulado por D. Luis. Entendió:
a) que debe atenderse prioritariamente al interés del menor;
b) que de la conducta del apelante se desprende que "estuvo imposibilitado para asumir las obligaciones inherentes a la patria potestad recogidas en el artículo 154 del Código Civil, pues legalmente no era el padre y después existía un obstáculo legal para la asunción por parte de éste de los deberes recogidos en la norma citada, pues el menor había sido declarado en situación de desamparo";
c) que después del nacimiento del menor inicia "una intensa actividad tendente a determinar la filiación y a asumir sus obligaciones como padre, por lo que no se le puede considerar incurso en causa legal de privación de la patria potestad";
d) por ello y dadas las circunstancias del caso "no podemos atender a la doctrina tradicional que mantiene que el momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incursos en causa legal de privación de la patria potestad es aquel en el que se decreta el desamparo", porque debe examinarse en el concreto contexto en que se produce, y
e) finalmente la condena por una agresión a la madre no puede determinar "que éste tenga una conducta agresiva permanente, asimismo tampoco se desprende de la conducta que tuviera intención de hacer daño al feto".

7º Interponen recurso de casación los adoptantes propuestos por la Comisión del Menor de la Comunidad de Madrid y la Comunidad de Madrid por medio del

Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Ambos recursos fueron admitidos por el auto de esta Sala, de 3 mayo 2011. Figura la oposición de la parte recurrida y el informe del Ministerio Fiscal, que apoya ambos recursos.

SEGUNDO.- Motivo primero. Infracción del art. 39 CE y el art. 2 LO 1/1996, de 15 marzo, de protección jurídica del menor y la jurisprudencia que los ha interpretado. Señala que debe primarse el interés del menor. La sentencia recurrida no justifica si la solución que propone es la forma más adecuada de proteger dicho interés, ya que éste aconseja que continúe el procedimiento de adopción. El padre biológico es un completo desconocido para el niño y sería sumamente pernicioso para él no continuar con el procedimiento. La sentencia se aparta de la jurisprudencia recaída en casos similares al concluir que el padre debe asentir la adopción, cuando la protección del menor aconsejaba mantener la línea interpretativa de la sala, puesto que el carácter voluntario o no de la conducta es indiferente a la hora de evaluar si un menor está o no en situación de desamparo.

El motivo se estima.

En sentencias recientes, se ha declarado que la vulneración del interés del menor permite entrar a examinar el recurso de casación y que ello ocurre cuando la sentencia recurrida no haya tenido en cuenta el principio para tomar la decisión más adecuada conforme a dicho interés. Así la STS 800/2011, de 14 noviembre dice que “Esta Sala ha recordado que el recurso de casación debe examinar únicamente si en las decisiones relativas al interés del menor el Juez ha aplicado correctamente el principio de protección de dicho interés a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre (SSTS 579/2011, de 22 julio; 578/2011, de 21 julio y 641/2011, de 27 septiembre, entre otras)”. La STS 565/2009, de 31 de julio argumentó que “(…) el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores”, por lo que las sentencias posteriores han aplicado la doctrina declarada en aquella resolución.

Aparentemente, la sentencia recurrida ha decido tomando en cuenta dicho interés al encabezarse el FJ 2 con una declaración general sobre el mismo. Pero ello no debe hacernos olvidar que los criterios utilizados a continuación no se ajustan a ninguno de los que esta Sala ha venido utilizando a modo de concreción de lo que debe entenderse incluido bajo este principio general y que han sido recogidos en la STS 623/2009, de 8 octubre y repetidos en las sentencias posteriores.

La vulneración del principio del interés del menor obliga a esta Sala a entrar a examinar las diferentes cuestiones que plantean los dos recursos de casación.

TERCERO.- El motivo segundo de este recurso de casación, coincide con el motivo único del presentado por la Comunidad de Madrid por medio del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Por ello se resumen a continuación y se van a resolver conjuntamente.

1º Motivo segundo del recurso de casación de los adoptantes. Infracción del art. 177.2 CC, en relación con los Arts. 170 y 154 CC y la interpretación de la jurisprudencia en cuanto a la no necesidad de que el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, sea necesariamente voluntario. Cita la STS de 23 mayo 2005. Desde su nacimiento, 16-10-2006, hasta el momento de la determinación de la filiación paterna, el niño se encontró en una completa situación de desamparo, porque sus progenitores no cumplieron con las obligaciones inherentes a la patria potestad, por lo que estaban incursos en causa de privación. El padre podría haber reconocido al niño inmediatamente del nacimiento, por otros medios más rápidos que la acción judicial, por lo que este retraso produjo que el actor no estuviese en condiciones de cumplir los deberes de la patria potestad durante al menos un año y en concreto, en el momento en que tuvo lugar la declaración de desamparo del menor.

2º Motivo único del recurso de la Comunidad de Madrid por medio del Instituto Madrileño del Menor y la Familia. Infracción del art. 177.2,2 CC por resolver el asunto de cuál es el momento a considerar para decidir si el padre biológico, en supuestos de privación de la patria potestad, debe o no asentir el procedimiento de adopción de su hijo. Ello implica también la vulneración de las normas relativas al interés del menor, en el contexto de la adopción. Además el interés casacional viene justificado por la doctrina constante contenida en las SSTS de 20 enero 1993, 23 mayo 2005, 24 abril 2000, 31 julio 2009 y 25 junio 1994. La doctrina del TS es unánime en considerar que el momento en que debe determinarse si el padre estaba o no incurso en causa de privación de la patria potestad es el de la declaración de desamparo. Dado que hasta la sentencia de declaración de la paternidad, el Sr. Luis estuvo imposibilitado de asumir sus obligaciones como padre, estaba incurso en causa de privación, por lo que no debe concurrir asintiendo.

Ambos motivos se estiman.

Resulta difícil establecer reglas concretas sobre los temas que presenta el art. 177.1 CC, en relación con el art. 170 CC, es decir, cómo y cuándo debe concurrir una causa de privación de la patria potestad que hará innecesario que el progenitor incurso en ella, preste su asentimiento para la adopción. De entrada, debe recordarse el art. 9.2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 28 noviembre 1989, que establece que en todo procedimiento relacionado con la separación del menor de sus padres, “se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”.

A este respecto resulta significativo el razonamiento de la STC 58/2008, de 28 de abril. Después de alegar las reglas del Convenio de 1989, dice que “(…) no puede perderse de vista que la decisión a adoptar, precisamente por la flexibilidad con la que el legislador regula este tipo de procesos, ha de atender

esencialmente a las circunstancias concretas del caso y a la relación que los distintos procedimientos (declaración de desamparo, tutela automática de la entidad pública de protección de menores, constitución de los diversos tipos de acogimiento, adopción, así como las correspondientes impugnaciones judiciales de éstos), guardan entre sí por referirse a un mismo menor y, con frecuencia, a sus progenitores biológicos y a los adoptantes o posibles adoptantes".

En consecuencia, la interpretación que debe darse a la expresión del art. 177, 2, 2º CC pasa por dar contenido a la frase "incursos en causa legal para tal privación".

CUARTO.- Esta Sala ha dicho que la cláusula general sobre el significado del incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad exige una amplia facultad discrecional del juez para su apreciación, de manera que esta disposición ha de ser interpretada de acuerdo con las circunstancias del caso, "(…) sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho" (STS 523/200, de 24 mayo). Se ha señalado que constituye causa legal para la privación de la patria potestad la omisión de los deberes contenidos en el art. 154 CC, de modo que la STS 998/2004, de 11 octubre confirmaba una sentencia de privación porque el padre solo había pagado algunas mensualidades de pensión y ello porque la madre las había reclamado, o cuando el padre entregó su hija a la administración por no poder atenderla (STS 384/2005, de 23 mayo). O bien, cuando el padre había cometido un delito de parricidio contra la madre (SSTS 10/1993, de 20 enero y 415/2004, de 24 abril).

Vistos ya los casos en que se produce una causa de pérdida de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, a continuación debe prestarse atención al momento en que debe concurrir y ello a los solos efectos de la prestación del asentimiento del padre que el art. 177.2 CC exige para la constitución de la adopción. La declaración de desamparo del menor se produce precisamente por el incumplimiento por su padre de sus deberes y mientras se mantenga el incumplimiento, se mantendrá la declaración de desamparo, con las medidas complementarias. De aquí que cuando un menor esté protegido por medio de la declaración de desamparo, se está produciendo un incumplimiento de los deberes inherentes a la potestad y corresponderá demostrar lo contrario a quien lo niegue.

Finalmente, hay que señalar que es indiferente que la causa del incumplimiento sea subjetiva u objetiva, aunque las circunstancias de cada caso deberán llevar a las correctas conclusiones en aplicación de la regla de la protección del interés del menor.

QUINTO.- De acuerdo con los anteriores argumentos, debe examinarse a continuación cuáles son las circunstancias concurrentes en el presente litigio:

1º Resulta probada la desatención al niño. Efectivamente, aparte del hecho del tardío reconocimiento efectuado mediante una declaración judicial en ejercicio de una acción de filiación por parte del padre, éste no se ocupó del niño desde

el momento del nacimiento, en que fue declarado en situación de desamparo, ni consta que después de la inscripción de la filiación en virtud de la sentencia tomara ninguna medida para hacerse cargo del hijo.

2º Los antecedentes del padre en relación al episodio de violencia con la madre embarazada propiciaban que debiera extremarse la protección del menor.

Por todo ello y de acuerdo con la doctrina de la STS 565/2009, de 31 de julio, procede concluir que el progenitor estaba incurso en causa de privación de la patria potestad y por tanto no se requiere su asentimiento a la adopción proyectada.

SEXTO.- La estimación de los recursos de casación comporta la anulación de la sentencia recurrida. En consecuencia esta Sala asume la instancia y acuerda reponer la sentencia pronunciada por el Juzgado de 1ª instancia núm. 80 de Madrid, de 31 julio 2008, que desestimó la demanda formulada por la representación procesal de D. Luis.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso de casación formulado por la representación procesal de los padres adoptantes contra la SAP, sección 22, de Madrid, de 22 enero 2010, determina la de su recurso de casación y la no imposición de las costas del mismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.

Asimismo, la estimación del recurso de casación formulado por la representación procesal de la Comunidad de Madrid a través del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, contra la SAP, sección 22ª, de Madrid, de 22 enero 2010, determina la de su recurso de casación y la no imposición de las costas del mismo, en virtud de lo dispuesto en el art. 398.1 LEC.

Dada la naturaleza de este tipo de procedimientos, no se imponen las costas de la 1ª Instancia ni de la apelación.

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de los padres adoptantes contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 22 enero 2010, dictada en el rollo de apelación núm. 1379/2008.

2º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de la Comunidad de Madrid a través del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22ª, de 22 enero 2010, dictada en el rollo de apelación núm. 1379/2008.

3º Se casa y anula la sentencia recurrida.

4º En su lugar se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia núm. 80 de Madrid, de 31 julio 2008, cuyo fallo dice:

“Que desestimando, como desestimo la demanda formulada por el Procurador Sr. Juanas Blanco, en nombre y representación de D. Luis, sobre la necesidad de contar con su asentimiento para la adopción de su hijo Miguel, debo declarar y declaro no ser necesario el asentimiento del demandante para la adopción de su hijo menor, debiendo ser citado en el referido expediente únicamente para ser oído. Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes”.

4º No se imponen las costas de los recursos de casación a ninguna de las partes.

5º No se imponen las costas de la 1ª Instancia ni las de la 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. Juan Antonio Xiol Ríos.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excma. Sra. Dª Encarnación Roca Trías, 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.