



Roj: **SAP BA 930/2017 - ECLI:ES:APBA:2017:930**

Id Cendoj: **06083370032017100409**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Mérida**

Sección: **3**

Fecha: **11/10/2017**

Nº de Recurso: **265/2017**

Nº de Resolución: **211/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUANA CALDERON MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N.3**

**MERIDA**

*SENTENCIA: 00211/2017*

Modelo: N10250

AVENIDA DE LAS COMUNIDADES S/N

-

Tfno.: 924312470 Fax: 924301046

Equipo/usuario: FAC

**N.I.G.** 06149 41 1 2016 0000043

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000265 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de DIRECCION000

**Procedimiento de origen:** ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000032 /2016

Recurrente: Baldomero

Procurador: PEDRO REDONDO MIRANDA

Abogado: FERNANDO FONTAN CRESPO

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, Daniela

Procurador: , AMPARO LEMUS VIÑUELA

Abogado: , GEMA HERNANDEZ GORDILLO

**SENTENCIA NÚM. 211/2017**

**ILMOS. SRES.**...../

**PRESIDENTE ACCIDENTAL:**

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA

**MAGISTRADOS:**

**DOÑA JUANA CALDERÓN MARTÍN (PONENTE)**

**DOÑA MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALLARDO**

**DON JESUS SOUTO HERREROS**

=====

**Recurso Civil núm. 265/2017**

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO núm. 32/2016.

Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 .

=====

En la ciudad de Mérida a once de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos en grado de apelación ante esta sección tercera de la Audiencia Provincial de Badajoz, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO núm. 32/2016, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 , a los que ha correspondido el rollo de apelación núm. 265/2017, en el que aparecen: como parte apelante DON Baldomero , que ha comparecido representado en esta alzada por el procurador Don Pedro Redondo Miranda y asistido por el letrado Don Fernando Fontán Crespo; como parte apelada e impugnante DOÑA Daniela , representada en esta alzada por la procuradora Doña Amparo Lemus Viñuela y defendida por la letrada Doña Gema Hernández Gordillo; es parte apelada EL MINISTERIO FISCAL.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000 , en los autos núm. 32/2016, se dictó sentencia el día 14 de febrero de 2017, cuya parte dispositiva dice así:

**FALLO:** "Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> Daniela , representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. Amparo Lemus Viñuela, contra D. Baldomero .

*PRIMERO.- ABSUELVO al demandado de todos los pedimentos formulados contra él.*

*SEGUNDO.- Todo ello se entiende sin expresa imposición de las costas procesales. "*

**SEGUNDO.-** Contra la expresada sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de Don Baldomero .

**TERCERO.-** Admitido que fue el recurso por el Juzgado de Primera Instancia, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

El Ministerio Fiscal se opone al recurso, habiendo formulado impugnación de la sentencia la representación procesal de Doña Daniela ; de la impugnación se dio traslado a las partes, habiéndose adherido a ella la representación procesal del inicial apelante.

**CUARTO.-** Una vez verificado lo anterior se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes, donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose la deliberación y fallo para el día 27 de septiembre de 2017, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrado Doña JUANA CALDERÓN MARTÍN.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En la demanda origen del procedimiento se interesaba por la demandante, invocando el art. 170 del C. Civil , el dictado de una sentencia por la que se privara al demandado de la patria potestad y demás derechos inherentes a la misma respecto de la hija menor de los litigantes, Estefanía . Según expresa la demanda, desde que cesó la convivencia entre los progenitores en 2011, el padre no ha velado en absoluto por su hija, habiéndose desentendido por completo de ella, siendo su relación inexistente; tampoco ha satisfecho pensión alimenticia a su hija, en los términos acordados en sentencia de 29 de julio de 2011 .

El demandado fue emplazado en forma, habiendo presentado escrito allanándose a las pretensiones de la demanda; del allanamiento se dio traslado al Ministerio Fiscal y a la parte actora, oponiéndose el Ministerio Público a dicho allanamiento, e interesando la continuación del procedimiento, dado que la cuestión objeto de litigio no es materia sobre la que las partes puedan disponer libremente. Por auto de 1 de julio de 2016, se acordó rechazar el allanamiento, y continuar el procedimiento, que terminó con la sentencia ahora recurrida.

La sentencia desestima la demanda por entender que no hay incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad, y que no es posible aceptar la renuncia expresada por el padre, ya que el motivo de tal renuncia es evitar enfrentamientos y malas relaciones con la madre de la menor.



Recorre el padre demandado para insistir en que se le prive de la patria potestad respecto de su hija menor, aduciendo que ya lo manifestó sin ningún condicionamiento en su escrito de allanamiento; que, además, ni ha atendido ni se ha ocupado durante años de su hija, y que tampoco lo hará en el futuro; entiende que las declaraciones a las que se refiere la sentencia, y que hizo el demandado en el acto del juicio, no están apoyadas por ninguna prueba y no han de ser tenidas en cuenta. La madre demandante ha impugnado también la sentencia, insistiendo en la desatención que ha sufrido la menor por parte de su padre.

Es el Ministerio Fiscal quien se opone al recurso e interesa la confirmación de la sentencia, al considerar que una "reiterada desatención" no puede entenderse como incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad, que ha de subsistir en ambos progenitores en interés de la menor.

**SEGUNDO.-** Tanto el recurso como la impugnación de la sentencia van a desestimarse.

En principio, dado que el apelante Sr. Baldomero insiste en que debe considerarse su conformidad con la pretensión de la madre demandante -lo que supone, en realidad, una renuncia a la patria potestad sobre su hija menor-, conviene recordar aquí las previsiones del art. 21.1 de la LEC : << Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.>> Igualmente podría aplicarse, por analogía, lo dispuesto en el art. 751.1 de dicha ley : << En los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción .>>; entre esos procesos no está contemplado expresamente el que tiene por objeto la privación de la patria potestad de un progenitor respecto de hijos menores, pero sí, entre otros, aquellos que se refieren a la guarda y custodia de menores de edad, y si, en éstos, no se admite la renuncia ni el allanamiento, mucho menos cabe admitirlos en materia de patria potestad sobre hijos menores.

Descartado que el allanamiento y conformidad del demandado sea suficiente para estimar la demandada, habrá que examinar si concurre o no causa de privación de la patria potestad.

Sobre esta cuestión, nos dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de septiembre de 2015 lo 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, Rc. 718/2012 , que "la institución de la patria potestad viene concedida legalmente en beneficio de los hijos y requiere 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.** A 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 Orgánica 8/2015, de 22 julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia.>>



Igualmente, es doctrina reiterada del Alto Tribunal que la institución de la patria potestad viene concebida legalmente en cumplimiento de los deberes prevenidos en el art. 154 del C. Civil, pero en atención al sentido y significación de la misma, su privación, sea temporal o parcial o total, requiere de manera ineludible, la inobservancia de aquellos deberes de manera constante, grave y peligroso para el beneficiario y destinatario de la patria potestad, esto es del menor; asimismo se ha reiterado también que la patria potestad es una función al servicio de los hijos que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución, de manera que las medidas judiciales que se acuerden deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1.989, incorporada a nuestro derecho por ratificación ( STS 10-11-2005 ).

Debe pues constatarse si se ha probado que esa desatención que se dice y reconoce como reiterada (incumplimiento del régimen de visitas e impago de la pensión por alimentos) es realmente un verdadero y deliberado incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, y sobre todo, si constituye una amenaza real y constatada que pone en peligro la integridad física y moral de la hija menor de los litigantes. Y tenemos que resolver tomando como punto de partida el ya mencionado interés primordial del menor, debiendo ceder siempre ante él los particulares intereses y planteamiento de los progenitores.

En este punto, no podemos dejar de lado, como pretende el recurrente, sus declaraciones en el acto del juicio, cuando afirmó que si estaba dispuesto a renunciar a la patria potestad era para evitar conflictos y problemas con la madre; es claro, por tanto, que la renuncia se hace en interés propio y no en interés y beneficio de la menor. Asimismo, la absoluta desatención que se dice derivada de no haber abonado pensión por alimentos y de no haberse relacionado con la menor en modo alguno tiene ese carácter absoluto y determinante que le otorga el recurrente, y también la madre impugnante:

- en cuanto al impago de las pensiones por alimentos, en los hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Penal que condena al Sr. Baldomero por un delito de impago de pensiones del art. 227 del C. Penal, se reseñan impagos intermitentes durante los años 2014 y 2015, y el mismo recurrente ha admitido en este procedimiento que sí ha pagado tales pensiones en algunos periodos.

- y en lo que hace a la relación personal con la menor, resulta difícil de creer que si la niña sí tiene relación con los abuelos y familia paterna, como afirmó el recurrente, no la tenga, aunque sea mínima o limitada, con su padre; es más, según éste, el no haber tenido una mayor relación con la hija menor no sería fruto de su deliberada voluntad de incumplir el régimen de visitas, sino de las dificultades o impedimentos que habría puesto la madre.

Mucho menos podemos afirmar que, en la situación de hecho descrita anteriormente, el incumplimiento, en determinados periodos, de la obligación del padre de abonar puntualmente la pensión de alimentos y el no haberse respetado el régimen de visitas que estableció en su día la resolución judicial, hayan puesto en grave peligro la integridad física o moral de la menor; dicho de otro modo, no se atisba siquiera en qué medida la privación de la patria potestad que se interesa redundaría en beneficio de dicha menor. Al contrario, la conformidad del padre con la pretensión articulada por la madre -su renuncia en definitiva- parece más bien una excusa para eludir el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, deberes inexcusables que han de continuar cumpliéndose en beneficio de la hija menor de los litigantes; si se incumplen, el ordenamiento jurídico tiene vías y medios para atacar y remediar tal incumplimiento (incluso para modificar las medidas que en su día se acordaron respecto de alimentos y visitas), debiendo quien incumpla asumir las consecuencias jurídicas derivadas de ello; pero lo que no puede admitirse en ningún caso es tratar de obviarlos en interés única y exclusivamente propio.

**TERCERO.-** Las costas del recurso se imponen a la parte apelante, y las de la impugnación a la parte impugnante, no solo porque se desestiman, sino porque, a la vista de la respuesta y motivación de la sentencia que se recurre, mantener ese recurso y la impugnación se estima por la Sala temerario ( arts. 394 y 398 de la LEC ).

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S. M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente

## FALLO

**SE DESESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN** formulado por la representación procesal de DON Baldomero, y **SE DESESTIMA IGUALMENTE LA IMPUGNACIÓN** planteada por la representación procesal de DOÑA Daniela, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de DIRECCION000, en los autos



de PROCEDIMIENTO ORDINARIO núm. 32/2016, **CONFIRMÁNDOSE ÍNTEGRAMENTE** dicha resolución, con imposición de las costas del recurso y de la impugnación a la parte apelante e impugnante.

Conforme a lo resuelto en esta resolución, dese al depósito que, en su caso, se hubiere constituido para recurrir, el destino previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ .

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro-registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Sólo se admitirán los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la Disposición Final 16ª LEC ) y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , de los que conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ , la admisión a trámite del recurso precisará efectuar en calidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la autoriza, estando celebrando audiencia pública ordinaria en el mismo día de su fecha, de lo que doy fe.-