



Roj: **SAP B 7313/2018 - ECLI:ES:APB:2018:7313**

Id Cendoj: **08019370182018100492**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **18**

Fecha: **17/07/2018**

Nº de Recurso: **1492/2017**

Nº de Resolución: **528/2018**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA DOLORES VIÑAS MAESTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

### **Sección nº 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08013

TEL.: 938294459

FAX: 938294466

EMAIL:aps18.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0812442120098098550

### **Recurso de apelación 1492/2017 -B**

Materia: Modificación medidas separación o divorcio

Órgano de origen:Sección Civil. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de DIRECCION000

### **Procedimiento de origen:Modificación medidas 450/2015**

Parte recurrente/Solicitante: Josefa

Procurador/a: Silvia Garcia Vigne

Abogado/a: Roberto Rivero San Emeterio

Parte recurrida: Nemesio

M.Fiscal

### **SENTENCIA N° 528/2018**

#### **Magistrados:**

D. Francisco Javier Pereda Gámez

Dª Mª José Pérez Tormo

Dª Dolores Viñas Maestre (ponente)

Barcelona, 17 de julio de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** .- La parte dispositiva de la sentencia apelada de fecha 27-4-2017 es del tenor literal siguiente:  
"FALLO: "DESESTIMO la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Procurador/a de los Tribunales Sr/a. Ivo Luís Figueroa Alegre, en nombre y representación de Dña. Josefa , contra D. Nemesio , y declaro no haber lugar a modificar las medidas definitivas sobre privación de patria poestad. Todo ello, sin imposición de costas procesales."



**SEGUNDO** .- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante mediante su escrito motivado, dándose traslado al Ministerio Fiscal que se opuso; elevándose las actuaciones a esta Audiencia Provincial.

**TERCERO** .- Se señaló para votación y fallo el día 17-7-2018.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Antecedentes

La sentencia ha denegado la petición de privación de la potestad del padre respecto a los hijos menores. Las razones de la desestimación son básicamente que no ha quedado probado el incumplimiento por parte del padre de la obligación de pagar alimentos y que respecto al régimen de relación existe una voluntad obstativa por parte de la madre de que los menores comuniquen con su padre. La demandante apela dicha resolución alegando en síntesis infracción de los artículos 236- 3 y 236-6 CCC y de la Ley 1/1996 de Protección del Menor y infracción de la doctrina Jurisprudencia.

### SEGUNDO.- Competencia y ley aplicable .

En este supuesto la competencia debe determinarse de oficio. Madre e hijos tienen su residencia en España. La competencia de los Tribunales españoles la determina el Reglamento n. 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, norma de la Unión Europea ( art. 21 LOPJ y 61 del Convenio de la Haya de 1996 ), en cuyo ámbito de aplicación (art. 1) se encuentra la restricción o la finalización de la responsabilidad parental. Son competentes los Tribunales españoles en virtud de lo dispuesto en el art. 8 al residir los menores en España.

La ley aplicable es la ley española por aplicación de lo dispuesto en el Convenio de la Haya de 1996 en cuyo ámbito de aplicación (art. 3 ) se encuentra también esta materia. El Reglamento no contiene normas sobre ley aplicable. El art. 15 determina como ley aplicable la del Estado cuyos Tribunales son competentes, es decir, la lex fori, y conforme a lo que dispone el art. 48 del Convenio es aplicable el Codi Civil de Catalunya.

### TERCERO.- Procedencia de la privación de la potestad.

Consta en las actuaciones que los ahora litigantes se encuentran divorciados por sentencia de 8-10-2010 en cuyo procedimiento se atribuyó la guarda a la madre, se fijó una pensión a cargo del padre de 400 euros al mes y se acordó un régimen de relación progresivo. Del contenido de la sentencia se infiere que el demandado no compareció en el procedimiento de divorcio.

En el presente procedimiento la madre alega que desconoce su paradero y que por el Juzgado se han llevado a cabo gestiones para averiguación del paradero del padre. De la documentación obtenida a través del Punto Neutro se deriva que el padre en 2015, año en el que se planteó la demanda, estaba percibiendo un subsidio de 426 euros. En la documentación emitida por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social consta un domicilio en DIRECCION000 . El emplazamiento se efectuó en dicho domicilio y resultó negativo. En la diligencia se hace constar que una mujer que dice ser una familiar manifiesta que no reside el demandado y que no sabe dónde reside. Posteriormente se intenta el emplazamiento en otro domicilio y ante el resultado negativo de la búsqueda se emplaza por edictos. La madre ignora el paradero del padre y por el Juzgado no se ha podido obtener su localización. El procedimiento de divorcio en 2010 ya se tramitó en su rebeldía. De todo ello concluimos que el padre no tiene relación alguna con sus hijos y tampoco puede presumirse la existencia de interés. No compareció en el procedimiento de divorcio careciendo de interés en la situación en la que podían quedar sus hijos menores, no consta se haya relacionado con sus hijos con posterioridad en ejecución del régimen de relación que se fijó en la sentencia de divorcio y en el momento de tramitarse el actual procedimiento se halla en ignorado paradero pese a constar que debe estar en España porque en 2015 estaba percibiendo una prestación.

La madre ha probado que el padre no paga la pensión de alimentos. La sentencia hace referencia a una cantidad que cobra mensualmente de 274,16 euros de cuya procedencia no da cuenta, pero de los documentos aportados se desprende con claridad que dicha cantidad se corresponde con una prestación de renta mínima que la madre tiene reconocida.

Concluimos por tanto en que hay un incumplimiento por parte del padre no solo de las obligaciones de contenido económico sino de las obligación de atención directa, de convivencia y de formación. No hay relación alguna entre padre e hijos desde hace más de cinco años y sus padres se divorciaron cuando los hijos tenían 4 y 1 año según se recoge en la sentencia de divorcio. La madre solicita la privación alegando perjuicio para uno de los menores en tanto la ausencia o desaparición del padre está impidiendo la posibilidad de tramitar la petición de la **nacionalidad** española.



Como hemos señalado en sentencias anteriores el artículo 236-2 del CCC dice que la potestad parental es una función inexcusable que, en el marco del interés general de la familia, se ejerce personalmente en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad y para facilitar el pleno desarrollo. El artículo 236-4 configura la relación entre padres e hijos como un derecho de los menores y el artículo 236-6 regula la privación de la titularidad de la potestad parental por incumplimiento grave o reiterado de sus deberes. Es el artículo 236-7 el que recoge los deberes que integran el contenido de la potestad parental. Estos deberes son: velar por los hijos, prestarles alimentos en el sentido más amplio, convivir, educarlos y proporcionarles una formación integral.

La privación de la titularidad de la potestad se ha considerado una medida restrictiva que debe acordarse sólo cuando sea necesaria para la protección de los hijos menores, de tal manera que no es suficiente la constatación de un incumplimiento, sino que es necesario valorar que el mantenimiento de la titularidad de la potestad comporte una situación de riesgo, de peligro o de desprotección del menor o venga exigida por su único interés que debe ser siempre prioritario.

La doctrina del Tribunal Supremo se contiene entre otras en las siguientes sentencias:

- Sentencias de 12-7-2004 y 10-11-2005 que señalan que "aun cuando el art. 170 del CCivil, vincula el incumplimiento de los deberes que integran el contenido de la patria potestad a su privación, esta última no constituye sin embargo una consecuencia necesaria e inevitable del incumplimiento, sino solo posible en función de las circunstancias concurrentes en cada caso y siempre si el beneficio del menor lo aconseja. La última de las citadas sentencias recuerda que esa posibilidad de privación de la patria potestad que establece el art. 170 ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, y en todo caso interpretada siempre atendiendo al interés del menor, de forma que esta procederá solo en aquellos casos en que el incumplimiento grave de los deberes y cuidados de asistencia que la integran, imputable de forma relevante al titular, lleve aparejado un daño o peligro grave y actual del menor derivado del mismo".

- Sentencia de 10-2-2012, (ROJ: STS 625/2012) que señala que "La patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor."

- Sentencia de 6-6-2014 (ROJ: STS 2131/2014 ) que ha declarado en relación con la privación de la potestad parental, 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".

- Sentencia de 13-1-2017 ( ROJ: STS 13/2017 - ECLI:ES:TS :2017:13) que dice que "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". Esta última sentencia hace especial mención a que el 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 y que dicho interés 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.

La doctrina anteriormente expuesta se considera perfectamente aplicable o extrapolable al CCC. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no se ha pronunciado sobre la privación de la potestad.

Esta Sala ha hecho referencia a la consideración primordial del interés del menor (art. 211-6 CCC) en esta materia haciendo hincapié o poniendo el acento no tanto en la conducta del progenitor en relación con el cumplimiento de sus deberes parentales aisladamente considerada, sino en la repercusión o incidencia que el comportamiento del padre tiene en la formación y desarrollo integral del niño o niña, o lo que es lo mismo, ha venido entendiendo que procede adoptar una medida tan grave como la privación de la potestad, cuando pueda afirmarse que es perjudicial para el niño o niña el mantenimiento de la potestad por parte del progenitor. ( Sentencias de esta Sala de 29-1-2014 -ECLI:ES:APB:2014: 1514 -, 15-5-2014 - APB: 2014:5315 - y 27-11-2014 -APB: 2014:13826-). Y que se ha de tener en cuenta la función principal de la potestad que debe ejercerse personalmente en interés del hijo de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo.

En sentencia de 7-7-2016 ( ROJ: SAP B 7651/2016 - ECLI:ES:APB:2016:7651) hemos dicho que "el incumplimiento ha de causar un perjuicio acreditado y la privación se ha de dar para proteger al menor, es decir, cuando se quiera evitar una acción sobrevenida del progenitor que, al amparo de la mera titularidad de



la potestad parental, pueda hacer daño o ponga en situación de riesgo a la prole. Las posturas abandonicas deben ser juzgadas con cautela para deducir una causa de privación de la potestad parental. Sólo en caso de desamparo se aprecia como causa de privación que los progenitores no manifiesten interés por el menor o incumplan el régimen de relaciones personales durante seis meses. La sola dejación o abandono de las vistas o el incumplimiento de las obligaciones alimenticias no es suficiente para privar de la potestad parental, salvo que se trate de largos periodos sin contacto, cumplimiento intermitente de visitas o interrupción de un proceso de recuperación de visitas que causa padecimiento psíquico a la criatura o un abandono con deriva personal no ejemplarizante. Ha de concurrir un rompimiento de vínculo y un desinterés jurídicamente reprochable, sobre la vida, la salud, la educación y el desarrollo de los hijos".

El interés del niño constituye una consideración primordial que debe atenderse cuando se adopta una medida que le afecta. A este respecto la Observación General N. 14 (2013) del Comité sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) recoge importantes precisiones al señalar que la expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones y que requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias señalando en el apartado 71 que "Los términos "protección" y "cuidado" (elementos a valorar para concretar el interés del menor) también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo se expresa en relación con el ideal amplio de garantizar el "bienestar" y el desarrollo del niño. El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad" y en el apartado 72 que "El cuidado emocional es una necesidad básica de los niños; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros".

En el caso contemplado nos encontramos ante un padre que ha hecho dejación de todas sus funciones mostrando falta absoluta de interés sobre la vida, la salud, la educación y el desarrollo de sus hijos. La corta edad de los hijos cuando se produjo la ruptura y la ausencia de relación posterior derivan en una falta de vinculación afectiva entre padre e hijos. La potestad en este caso constituye una mera formalidad ausente totalmente de contenido y la ausencia afecta de forma directa al bienestar de los menores que debe comprender como hemos dicho no solo las necesidades materiales y físicas, sino también las necesidades emocionales y educativas necesarias para la formación integral de los menores. Se considera por el Comité de los Derechos del Niño el cuidado emocional como una necesidad básica cuya satisfacción en este caso está siendo gravemente incumplida. El mantenimiento de la titularidad formal impide además la realización por parte de la madre de trámites y dificulta la toma de decisiones que pueden ser esenciales para el bienestar de los menores.

La Sala estima que lo anteriormente expuesto conduce a la estimación del recurso no compartiendo los fundamentos de la resolución apelada que se centra y se limita a la valoración de las obligaciones de alimentos (que además tampoco está cumpliendo) y al régimen de relación, primando una concepción voluntarista del incumplimiento en detrimento de las necesidades e intereses de los hijos menores cuya consideración debe ser prioritaria.

#### **CUARTO.- Costas**

No se hace pronunciamiento sobre las costas ( art. 394 LEC )

#### **FALLAMOS**

Que **ESTIMANDO** el recurso de apelación formulado por Josefa , contra la sentencia de 27-4-2017 del Juzgado de Primera Instancia n. 3 de DIRECCION000 en autos de Modificación de Medidas n. 450/2015, de los que el presente rollo dimana, **SE REVOCA** la expresada resolución, acordando la estimación de la demanda planteada contra Nemesio , privando al demandado de la potestad de sus hijos Bienvenido y Casiano , con todos los efectos legales y sin hacer expresa imposición de las costas del recurso.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación en los supuestos del nº 3º del artículo 477,2 LEC . También cabe recurso extraordinario por infracción procesal cumulativamente ( DF. 16ª, 1 3ª LEC ). También cabe recurso de casación, en relación con el derecho civil catalán, sustantiva y procesal, en los supuestos del artículo 3 de la Llei 4/2012. El/los recursos debe/n ser interpuestos ante esta sección en el plazo de veinte días.

Y firme que sea esta resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

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



Los Magistrados :

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ