



Roj: **SAP OU 715/2019 - ECLI: ES:APOU:2019:715**

Id Cendoj: **32054370012019100414**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2019**

Nº de Recurso: **640/2019**

Nº de Resolución: **404/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARIA JOSE GONZALEZ MOVILLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

OURENSE

SENTENCIA: 00404/2019

N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

32003 OURENSE

Tfno.: 988 687057/58/59/60 Fax: 988 687063

ML

N.I.G. 32009 41 1 2018 0000213

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000640 /2019

Juzgado de procedencia: XDO.1A.INST.E INSTRUCIÓN N.2 de DIRECCION000

Procedimiento de origen: MODIFICACION DE MEDIDAS SUPUESTO CONTENCIOSO 0000139 /2018

Recurrente: Francisca

Procurador: MARIA JOSEFA FIDALGO FIDALGO

Abogado: ANA MARIA REY PRADA

Recurrido: Faustino , MINISTERIO FISCAL

Procurador: JOSE LUIS FERNANDEZ MARTINEZ,

Abogado: ROBERTO FERNANDEZ SANCHEZ,

APELACIÓN CIVIL

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por las Ilmas. Sras. Magistradas Dña. Ángela Domínguez Viguera Fernández, Presidente, Dña. Josefa Otero Seivane y Dña. María José González Movilla, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

SENTENCIA NÚM. 404

En la ciudad de Ourense a cinco de noviembre de dos mil diecinueve.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de Modificación de Medidas supuesto contencioso nº 139/2018 procedentes del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de DIRECCION000 , Rollo de Apelación núm. 640/2019, entre partes, como apelante, Dña. Francisca , representada por la procuradora Dña. María Josefa Fidalgo Fidalgo, bajo la dirección de la letrada



Dña. Ana María Rey Prada, y, como apelado, D. Faustino, representado por el procurador D. José Luis Fernández Martínez, bajo la dirección del abogado D. Roberto Fernández Sánchez. Con intervención del Ministerio Fiscal.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. María José González Movilla.

I - ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 10 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Desestimo la demanda de modificación de medidas seguidas a instancia de Dña. Francisca, representado por la Procuradora Dª. María Josefa Fidalgo Fidalgo y asistido por la Letrada Dña. Ana María Rey Prada contra D. Faustino, representado por el Procurador D. José Luis Fernández Martínez y asistida por el Letrado D. Roberto Sánchez Fernández, sin imposición de costas. ".

Segundo.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de Dña. Francisca, recurso de apelación en ambos efectos habiendo formulado oposición al mismo la representación procesal de D. Faustino, y asimismo el Ministerio Fiscal, y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

Tercero.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de Dña. Francisca se presentó demanda de modificación de medidas adoptadas en proceso matrimonial contra D. Faustino solicitando que, ante el incumplimiento grave y reiterado de los deberes de la **patria potestad**, abandono e impago de pensiones, se prive al demandado de la **patria potestad** respecto del menor Moises, que se ejercerá en exclusiva por la madre, manteniendo el deber del demandado de abonar la correspondiente pensión de alimentos, con suspensión del régimen de visitas establecido, e interesando con carácter subsidiario la suspensión del ejercicio de la **patria potestad**. El demandado se opuso a la demanda alegando que no es cierto que no desee mantener contacto con su hijo, siendo la actora la que impide las visitas, por lo que en el año 2016 presentó denuncia, que dio lugar a un procedimiento penal que ha sido sobreseído. Se añade que no puede hacer frente a sus obligaciones pecuniarias en relación al menor ya que no desempeña un trabajo remunerado y no obtiene ninguna ayuda pública.

En la sentencia dictada en primera instancia se desestimó la demanda considerando que no existen pruebas suficientes para establecer que el demandado se encuentra incurso en causa de privación o suspensión de la **patria potestad**, y que no existe tampoco prueba de la que se pueda deducir que el contacto del padre con el menor sea perjudicial para este, debiendo optarse por el mantenimiento del contacto para posibilitar el restablecimiento de su relación que puede redundar en su beneficio.

Frente a dicha resolución se interpone por la actora el presente recurso de apelación alegando error en la valoración de la prueba sobre la alteración de las circunstancias, considerando que la inexistencia de relación paterno filial durante un dilatado periodo de tiempo, por desidia del padre, constituye el presupuesto para la modificación de la medida relativa a la privación o suspensión del ejercicio de la **patria potestad** y del régimen de visitas. La parte demandada y el Ministerio Fiscal se opusieron al recurso, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- El artículo 39 de la Constitución Española establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos e impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos que en derecho proceda. Es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razón de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno, y es la **patria potestad** la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). El cuidado, la educación y la formación de los hijos constituyen la principal responsabilidad de los padres, que tienen la obligación moral y legal de procurar el adecuado desarrollo de su personalidad, anteponiendo el interés de los menores ante el suyo propio.

Presupuesto indispensable para el logro de ese objetivo es el correcto ejercicio de las funciones de la **patria potestad** por ambos progenitores, lo que supone actuar siempre en beneficio del menor y la existencia de un acuerdo entre los padres, implícito o explícito, sobre la forma de abordar las relaciones paterno-filiales, al menos en sus premisas fundamentales.



Es por ello por lo que, tras enumerar el artículo 169 del Código Civil las causas de extinción de la **patria potestad**, el artículo 170 añade una medida excepcional de privación de aquélla, que da lugar a la pérdida, temporal o definitiva, de la titularidad de la **patria potestad**, disponiendo: "El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su **potestad** por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la **patria potestad** cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación."

No se regulan, de forma sistemática, en el Código Civil los efectos de la privación de la **patria potestad**, pero es evidente que el afectado quedará apartado de los derechos y obligaciones que, según el artículo 154, conforman su contenido ordinario; y así no podrá intervenir en la educación y formación de los hijos, ni en la administración de sus bienes, ni mantendrá la custodia y la representación legal de ellos.

Al no implicar la extinción de la relación paternofamiliar, el progenitor afectado continuará estando obligado a velar por los hijos menores y prestarle alimentos, obligaciones derivadas de la filiación según los artículos 110 CC y 39 CE. La obligación de prestar alimentos se mantendrá con el mismo alcance, pero el progenitor privado de la **patria potestad** no podrá interferir en el ejercicio exclusivo de la **potestad** por el otro, de forma que no podrá participar en la toma de decisiones aunque sean trascendentales ni podrá siquiera exigir información sobre ellas, aunque, en su función de vigilancia y control pueda recabar regularmente información sobre la situación personal y patrimonial del hijo.

La medida se adoptará sólo en caso de incumplimiento de los deberes inherentes a la **patria potestad**; pero dado su carácter excepcional, ha de interpretarse restrictivamente la norma en que se establece; debiendo ser el incumplimiento grave ya por la intensidad del daño o del peligro que la situación representa para el hijo, ya por su reiteración o duración, atendiendo siempre al interés del menor. Ese incumplimiento puede manifestarse en forma activa (abusos, malos tratos) u omisiva (desatención, abandono), pudiendo afectar tanto a los deberes de carácter personal como a los de índole patrimonial.

Sobre la naturaleza de las medidas, en la doctrina y la jurisprudencia se han mantenido dos posiciones. Una postura mantiene que es una medida dirigida a castigar a los padres en los supuestos más graves de incumplimiento de sus deberes por ello se exige que el incumplimiento obedezca a una conducta subjetivamente imputable, por dolo o, al menos culpa, del progenitor, excluyéndose la aplicación del artículo 170 CC en los casos en que el incumplimiento de los deberes paterno filiales es involuntario, ya sea por incapacidad, imposibilidad para cumplirlos, u oposición del otro progenitor u otras personas que impidan el cumplimiento. Así, el Tribunal Supremo ha mantenido que el incumplimiento ha de ser "imputable de alguna forma relevante" al titular y considera improcedente la privación cuando el incumplimiento obedece a causas no "imputables de manera exclusiva" al incumplidor (SSTS 10 de noviembre de 2005, 12 de julio de 2004, 27 de noviembre 2003, 24 de mayo de 2000; tratándose de supuestos en que el padre sufría una situación de penuria que le impedía prestar alimentos a las hijas y había intentado sin éxito visitarlas; incumplimiento del padre derivado de los impedimentos opuestos por la madre; imposibilidad por ocultación del paradero de la hija por parte de la madre, ingreso en prisión del progenitor antes del nacimiento del hijo.); o a motivos que "subjetivamente pueden ser válidos" (STS de 5 de octubre de 1987, en el que el padre desatendió al menor debido a las desavenencias con la madre y su familia, hallándose el hijo debidamente atendido con ella).

Se ha justificado, por el contrario, la privación de la **patria potestad** en sentencias del TS de 2 de octubre de 2003 y 31 de diciembre de 1996), manteniéndose que "repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las que se ha mostrado indigno".

Otra postura aboga por la interpretación más aséptica del artículo 170 CC, excluyendo cualquier juicio de culpabilidad y considerando que en el mismo se contiene únicamente una medida de protección del menor, para evitarle daños. En este sentido la sentencia de 20 de enero de 1993 en un supuesto en que el padre se hallaba en prisión basó la privación en el incumplimiento de la función derivada de la **patria potestad** por imposibilidad, física y moral de su ejercicio, sin profundizar si es o no voluntaria, porque la norma no distingue entre una y otra circunstancia y, por ello no puede hacerlo el intérprete.

La jurisprudencia más reciente, aun sin llegar a la objetivación total de la medida se inclina por la segunda postura, y así en la sentencia del TS el 9 de noviembre de 2015 justifica la pérdida de la **patria potestad** por el progenitor que ha incumplido grave y reiteradamente sus deberes, de forma prolongada en el tiempo, haciendo dejación de sus funciones en lo afectivo y en lo económico, sin causa justificada, dado que la menor tenía escasa edad, diciendo: "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 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, 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."

Aplicando la anterior doctrina al presente supuesto ha de partirse de que fruto del matrimonio de los litigantes nació un hijo Moises, el día NUM000 de 2006. En fecha 3 de febrero de 2009 se dictó sentencia de divorcio por el Juzgado de Primera Instancia Número Dos DIRECCION000, atribuyéndose la guarda y custodia del menor a la madre, con un régimen de visitas en favor del padre, y fijándose una pensión de alimentos a su cargo por la cantidad de 225 €.

Ha quedado acreditado a través de las manifestaciones de las partes y del testigo, de la prueba documental y de la audiencia al hijo menor, que el padre se ha desentendido de los deberes inherentes a la **patria potestad** con el mismo, tanto en el aspecto emocional como en el económico. Ya desde el año 2011 se venían produciendo impagos de la pensión de alimentos establecida en la sentencia, y desde el año 2016 no abona cantidad alguna, habiendo presentado la madre varias denuncias por tal motivo, siguiéndose además un procedimiento de ejecución para obtener el pago de lo debido. Alega el padre que carece de empleo y de recursos económicos para abonar la pensión pero tal extremo no ha resultado acreditado; al contrario resulta de la averiguación patrimonial realizada en el procedimiento ejecutivo que está dado de alta en la Seguridad Social desde el día 19 de noviembre 2016, no constando su baja. En cualquier caso, y si su situación fuese realmente precaria y careciese de todo tipo de ingresos, debía haber acudido al correspondiente procedimiento de modificación de medidas para adecuar la pensión a su situación económica, lo que no ha hecho. Además de la falta de asistencia económica, existe una absoluta falta de asistencia emocional y afectiva, habiendo desaparecido totalmente el padre de la vida del menor. Si bien en un principio se indica por la madre que se realizaron algunas visitas puntuales y aisladas en el tiempo, el propio demandado reconoce en su declaración la inexistencia de relación con su hijo desde hace ya seis años; su propio hermano D. Luis Andrés, que no mantiene relación con él desde hace once años, manifestó que no existe relación entre el hijo y el padre y que éste no abona pensión alguna. El propio hijo también lo ha reconocido añadiendo que no deseaba en forma alguna mantener contacto con su padre. Existe constancia en autos de una ocasión en el año 2016, en que el demandado trató de visitar a su hijo, lo que no consiguió por oposición del menor, presentando una denuncia ante la Guardia Civil que dio lugar a un procedimiento penal que terminó con auto de sobreseimiento por no ser los hechos constitutivos de delito. Aunque el padre trate de ampararse en que fue la madre la que impidió la relación con el menor, lo que no prueba, es lo cierto que no ha hecho nada, incluso legalmente acudiendo a un procedimiento de ejecución de título judicial, para intentar recuperar la relación, de lo que se deduce una auténtica falta de interés y abandono en el cuidado del hijo, para el que dada la escasa edad que tenía cuando se produjo la separación resulta obviamente un extraño. Ese desconocimiento entre el padre y el hijo se extiende a todos los ámbitos de la vida, tanto en lo que se refiere a sus estudios como su salud y tratamientos médicos propios de la infancia, siendo la madre la única que se ha ocupado de ello, contando en ocasiones con la ayuda del hermano del padre. De todo ello se concluye que existe un abandono grave y reiterado de los deberes inherentes a la **patria potestad**, ya que el menor no ha tenido la atención y el apoyo de su padre tanto en el ámbito de la salud, académico e incluso emocional, y parcialmente en lo económico, pues desde el año 2016 no abona la cantidad fijada en concepto de alimentos.



Aplicando la doctrina expuesta al caso resulta procedente estimar la demanda, partiendo de que el interés del menor se ha visto potenciado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia y de que la propia jurisprudencia señalada atiende de manera objetiva a ese interés primordial. En fin, la total despreocupación y desinterés del padre, que no colaboró ni afectiva ni económicamente desde la infancia de su hijo constituye un gravísimo incumplimiento de los deberes de la **patria potestad**, consignados en el artículo 154 del Código Civil, que se ha producido tanto en lo afectivo como en lo económico, con una larga duración en el tiempo, constituyendo un incumplimiento grave y reiterado de los deberes paterno-filiales que justifica plenamente la supresión de la **patria potestad**, ya que las circunstancias del caso, persistentes en el tiempo no permiten esperar que la situación pueda revertirse. Ello no impide, claro está, que en el futuro, y en beneficio del menor, puedan los tribunales acordar la recuperación de la **patria potestad** si cesaran las causas que motivaron la privación de la **patria potestad** conforme al artículo 170.2 del Código Civil.

La parte actora solicita además que se suspenda el régimen de visitas establecido en la sentencia de divorcio. Partiendo de que el derecho de visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia del hijo menor de edad se configura en el artículo 94 del Código Civil como un derecho del que podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente, sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo graves circunstancias que así lo aconsejen o cuando se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial, la doctrina y la jurisprudencia se han planteado si con la privación de la **patria potestad**, los padres pueden conservar el derecho-deber de relacionarse con los hijos menores que el artículo 160 del CC reconoce incluso a quienes no ejerzan la **patria potestad**. Aunque de forma general ese precepto y el artículo 94.1 CC se vienen interpretando en el sentido favorable a la conservación del derecho de visitas, y con frecuencia la resoluciones judiciales que decretan la privación fijan también la forma de ejercicio de aquel derecho, la naturaleza de la causa que fundamenta la privación ha de ser tenida en cuenta para excluir, restringir o mantener el derecho de visita, por aconsejarlo así el interés del menor.

Desde la perspectiva de este interés del menor, cobran especial relevancia en relación al derecho de visitas la voluntad del menor y los deseos expresados al ser oídos. El deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación permite considerar la voluntad manifestada del menor como un criterio legal relevante para establecer el régimen de comunicación con el progenitor privado de la **patria potestad**, aunque el Juez al adoptar cualquier medida que afecte a la esfera personal, familiar o social del menor ha de regirse como criterio básico, por la consecución y protección del interés y beneficio del menor, que puede, en ocasiones, no coincidir con la voluntad manifestada por éste. El deseo o la voluntad de los hijos es una circunstancia esencial para fundamentar una eventual modificación de las medidas sobre su guarda y custodia, por la trascendencia que tiene para valorar las condiciones de convivencia más beneficiosas para el menor, desde el punto de vista de su desarrollo afectivo y de su protección integral, siempre que ese deseo responda a una decisión madura, firme, autónoma y razonada, que drive de hechos, motivaciones o circunstancias objetivas y no de meros deseos caprichosos o de la influencia negativa de uno de los progenitores, que no se acomodan a su legítimo interés.

Partiendo de ello, en este caso, el hijo ha expresado su deseo de mantenerse alejado de su padre y de no establecer ningún tipo de relación, al ser ya un extraño para él cuya presencia no puede imponérsele. El interés o el beneficio del menor no implica el mantenimiento del régimen de visitas establecido al que nunca se ha dado cumplimiento, que por ello ha de ser suspendido, sin perjuicio de que dependiendo del interés del padre, de su esfuerzo por atender económicamente y afectivamente al menor, recuperando la relación, pueda en el futuro permitirle reconducir la situación y solicitar nuevamente el establecimiento de un régimen de visitas que el menor pueda aceptar. Por ello, también ha de accederse a la petición formulada en la demanda sobre la supresión del régimen de visitas establecido en la sentencia, con estimación del recurso de apelación interpuesto.

TERCERO.-En virtud de lo establecido en el artículo 398 en relación con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace expreso pronunciamiento en costas.

Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente

FALLO:

Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. Francisca , contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2019 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de DIRECCION000 en autos de Modificación de Medidas supuesto contencioso nº 139/2018, que se revoca atribuyéndose a la madre el ejercicio exclusivo de la **patria potestad** respecto del menor Moises , suspendiendo al padre D. Faustino en el ejercicio de la misma; suspendiéndose también el régimen de visitas establecido a su favor, por el momento



y sin perjuicio de que si se modificaran las circunstancias pudiera recuperarse; todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en costas.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ