



Roj: **SAP TF 2403/2017 - ECLI: ES:APTF:2017:2403**

Id Cendoj: **38038370012017100573**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2017**

Nº de Recurso: **453/2017**

Nº de Resolución: **601/2017**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ANTONIO MARIA RODERO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Sección: ANA

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL

Avda. Tres de Mayo nº 3

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 34 93 78-79

Fax.: 922 34 93 77

Email: s01audprov.tfe@justiciaencanarias.org

Rollo: Recurso de apelación

Nº Rollo: 0000453/2017

NIG: 3802342120150002161

Resolución: Sentencia 000601/2017

Proc. origen: Familia. Divorcio contencioso Nº proc. origen: 0000245/2015-00

Juzgado de Primera Instancia Nº 4 (Antiguo mixto Nº 4) de DIRECCION000

Intervención: Interviniente: Abogado: Procurador:

Fiscal Mº Fiscal

Apelado Baltasar Maria De Las Nieves Viña Rodriguez Myriam Alonso Martin

Apelante Vicenta Antonio Manuel Padilla Gonzalez Jose Luis Salazar De Frias De Benito

SENTENCIA

Rollo nº **453/2017**

Autos nº 245/2015

Jdo. 1ª Inst. Nº 4 de DIRECCION000

Il'tmos. Sres./a

Presidente:

D. ÁLVARO GASPARD PARDO DE ANDRADE

Magistrados:

Dª MARÍA PALOMA FERNÁNDEZ REGUERA

D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA



En Santa Cruz de Tenerife, a 30 de noviembre de dos mil diecisiete.

Visto por los Ilmos./a Sres./a Magistrados/a arriba expresados el presente recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada en los autos de divorcio n.º 245/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de DIRECCION000 , promovidos por D^a Vicenta , representada por el Procurador D. José Luis Salazar de Frías de Benito, y asistida por el Letrado D. Antonio Padilla González , contra D. Baltasar , representado por la Procuradora D^a Miriam Alonso Martín, y asistida por la Letrada D^a Nieves Viña Rodríguez, siendo parte el Ministerio Fiscal; han pronunciado, en nombre de S.M. EL REY; la presente sentencia siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA, con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En los autos indicados la Ilma. Sra. Magistrada Juez D^a Pilar Olmedo López , dictó sentencia el 14 de junio de 2017 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

FALLO: "Estimo la demanda de divorcio presentada por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Salzar de Frías y de Benito en nombre y representación de D.^a Vicenta y decreto el divorcio del matrimonio celebrado entre D.^a Vicenta y D. Baltasar , fijando la siguientes medidas:

. Se atribuye la guarda y custodia de los menores a la madre y el ejercicio de la patria potestad de forma exclusiva a la misma.

. No se fija ningún régimen de visitas entre el padre y los menores

. No se fija ningún tipo de pensión de alimentos con cargo a D. Baltasar ."

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes en legal forma, por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación, evacuándose el respectivo traslado, formulándose oposición, remitiéndose seguidamente las actuaciones a esta Sección.

TERCERO.- Iniciada la alzada y seguidos todos sus trámites, se señaló día y hora para la votación y fallo, que tuvo lugar el día 30 de noviembre de 2017.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia que estimó la demanda de divorcio pero no acordando la privación de la patria potestad de la parte demandada, se interpone por la parte demandante recurso de apelación en el que, con fundamento en una errónea valoración de la prueba, se sostiene que la enfermedad del padre implica que no podrá cumplir los deberes inherentes a la patria potestad, por lo que procede acordar su privación.-

Por la parte apelada se presentó escrito de oposición interesando la confirmación de la resolución recurrida.-

SEGUNDO.- Es, por tanto, el motivo del recurso la privación de la patria potestad a la parte apelada al sostenerse en el recurso que el demandado que los diversos informes médicos que obran en autos acreditan plenamente que aquél ni ha cumplido ni va a poder cumplir los deberes inherentes a la patria potestad.-

En cuanto a la posibilidad que el art. 170 del Código Civil autoriza de acordar la privación de la patria potestad esta sección tiene declarado, entre otras en su sentencia de 11 de junio de 2007 , que "En relación con esta materia, es oportuno recordar que la jurisprudencia tiene declarado que "La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, 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 tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, 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 el 20 de noviembre de 1989 , incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero , sobre protección judicial del menor (art. 2)." (STS de 24-4-2000 , y SSTS de 25-6-1994 y 10-11-2005 , en el mismo sentido).", y que "En relación con el sentido y finalidad del art. 170 del Código Civil , que regula la privación de la patria potestad, según la interpretación dada por la doctrina jurisprudencial, tiene está declarado que "sea desde la perspectiva de la interpretación restrictiva del precepto (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio y 18 de octubre de 1996 , entre otras), sea desde la exigencia de una interpretación que atienda prioritariamente al interés del menor, (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992 y 31 de



diciembre de 1996 , entre otras), postulados ambos no incompatibles, la privación total o parcial de la patria potestad requiere la realidad de un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000) imputable de alguna forma relevante al titular o titulares de la patria potestad, juicio de imputación basados en datos contrastados y suficientemente significativos de los que pueda inducirse la realidad de aquel incumplimiento con daño o peligro grave y actual para los menores derivados del mismo." (STS de 29-6- 2005)." (en el mismo sentido Sentencia de esta Sección de 5 de mayo de 2011).-

TERCERO.- En el caso de autos no compartimos las conclusiones de instancia.- Son muy numerosos los informes médicos que obran en autos sobre el estado de salud y situación del demandado, pero cifándonos a los que estimamos esenciales y más recientes, deben resaltarse:

1º.- Informe de HUC de abril de 2015 donde se relata que el apelado está en tratamiento desde el 2011 por trastorno de ansiedad fóbica con múltiples valoraciones en urgencias (folio 76 de autos).-

2º.- Certificado de la Orden de Hermanos de Bélen también de abril de 2015 donde se refiere que reside desde julio de 2014 en su casa de acogida (folio 77).-

3º.- Informe del HUC de junio de 2016 donde se refiere intento de autolisis de abril de 2016 y objetivándose encefalopatía anóxica (folio 144).-

4º.- Informe de diciembre de 2016 del HUC donde se concluye que consecuencia de un intento de ahorcamiento presenta la citada encefalopatía con graves secuelas neurológicas, como es un deterioro cognitivo grave que obliga a que permanezca institucionalizado y mínimas posibilidades de recuperación (folio 186).-

5º.- Informe pericial donde se concluye que el apelado presenta un deterioro cognitivo grave por causa de una encefalopatía anóxica, que precisa institucionalización y cuidado de terceras personas y que no se espera una mejora llamativa.-

Atendiendo a las citadas pruebas solo puede concluirse que desde hace años el apelado padece de una enfermedad que le ha imposibilitado prácticamente desde el nacimiento de sus hijos (recordando que los menores nacen en marzo de 2012) el prestarles el debido cuidado y atención, que esa situación permanece en la actualidad e inclusive que no es previsible una mejoría futura.- Ello ha conllevado el absoluto incumplimiento por el demandado de las obligaciones inherentes a la patria potestad, y si bien es cierto que ello es debido a la enfermedad que padece no se trata de constatar si es o no imputable a él el incumplimiento o a su estado de salud, sino a objetivar que precisamente por ese estado ni ha cumplido ni puede cumplir sus obligaciones.-

Y en este sentido se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, entre otras, en la STS de 23 de mayo de 2005 también en un supuesto de incumplimiento por los padres de la menor "... (no premeditada pero sí impuesta por las circunstancias)", ". las desatenciones (no pretendidas o queridas, pero reales) a los deberes paternos..", debiéndose estar al "mayor beneficio que se deriva de la forma en que deba ser atendida la niña, como consecuencia del mantenimiento o de la retirada (pérdida) de la patria-potestad...".- Este criterio del superior interés del menor también se refleja en muchas otras sentencias del Tribunal Supremo; así en la de fecha 10 de Febrero de 2012 se expone que: "La patria potestad constituye un officium que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor. Tal como se ha dicho reiteradamente en las sentencias de esta Sala, las causas de privación de la patria potestad están formuladas en forma de cláusula general en el art. 170 CC y requieren ser aplicadas en cada caso según las circunstancias concurrentes. La STS 183/1998, de 5 marzo dijo que la amplitud del contenido del art 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 [...]".

Sobre la base del interés del menor, debe también tenerse en cuenta que en este caso hay que examinar si la privación de la potestad es conveniente o no para la niña,...".-

Por tanto, aunque no haya sido una situación ni buscada ni querida por el apelado sino fruto de su enfermedad, ello no supone que ese grave incumplimiento sí se haya producido, por lo que existe causa para privar de la patria potestad, pues lo esencial es que tampoco se acredita que esa privación sea perjudicial para la menor, antes, por el contrario, y vistas las circunstancias concurrentes, este Tribunal concluye que es lo más beneficioso para ella.-

Por lo expuesto, de las pruebas practicadas solo puede concluirse acreditado un efectivo incumplimiento de los deberes de cuidado y asistencia por el apelado, incurso por ello en causa de privación de la patria potestad, procediendo, en consecuencia, la íntegra estimación del recurso.-

CUARTO.- En aplicación del arts. 398.2 de la LEC no procede expresa imposición de las costas procesales al ser el recurso estimado.-



Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimar el recurso de apelación formulado por la representación procesal de D^a Vicenta , contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, revocando la sentencia recurrida en el sentido de privar al demandado de la patria potestad que ostentaba sobre sus hijos menores la cual en lo sucesivo sólo la ostentará la recurrente, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso.

Procédase a dar al depósito el destino previsto de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la L.O.P.J ., si se hubiera constituido.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución, para su ejecución y cumplimiento y demás efectos legales.

Contra esta sentencia cabe recurso de casación por interés casacional (art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y recurso extraordinario por infracción procesal si se formula conjuntamente con aquél (Disposición Final decimosexta 2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que podrán interponerse ante esta Sala en el plazo de veinte días.

Así por esta, nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Publicada ha sido la anterior sentencia por los Il^{mos}. Sres. Magistrados que la firman, y léida ante mí por el Il^{mo}. Sr. Magistrado Ponente Don ANTONIO MARÍA RODERO GARCÍA en audiencia pública , de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

?