



Roj: **SAP IB 2389/2018 - ECLI: ES:APIB:2018:2389**

Id Cendoj: **07040370042018100388**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **4**

Fecha: **03/12/2018**

Nº de Recurso: **492/2018**

Nº de Resolución: **387/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA PILAR FERNANDEZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00387/2018

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000492 /2018

SENTENCIA Nº 387/18

ILMOS SRS.

PRESIDENTE Accidental:

Dña. Maria Pilar Fernández Alonso.

MAGISTRADOS :

Dña. Juana Mª Gelabert Ferragut.

D. Gabriel Agustín Oliver Koppen.

En Palma de Mallorca, a tres de diciembre de dos mil dieciocho.

VISTOS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, **Modificación de medidas**, seguidos por el **Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma, bajo el nº 1250/2017, Rollo de Sala nº 492/18**, entre partes, de una como **demandante-apelante D. Braulio**, representada por el Procurador Sra. Coloma Castañer, y de otra, como **demandada-apelada Dña. Julieta**, representada por el Procurador Sr. Cortés Estarellas, asistidas ambas de sus respectivos letrados, Sra. León Pina y Sr. Suñer Gómez. Ha sido parte el **Ministerio Fiscal**.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrado Dª Maria Pilar Fernández Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma, en fecha 21/06/2018 se dictó sentencia, cuyo fallo dice:

"Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por D. Braulio, representado por el procurador de los Tribunales Sra. Castañer y asistido del letrado Sra. León Pina, siendo parte demandada Doña Julieta manteniendo en su integridad las medidas acordadas por la sentencia de 15/6/2009."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandante, que fue admitido y, seguido el procedimiento por sus trámites y sin que por ninguna de las partes se interesara la práctica de prueba, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 21 de noviembre del presente año, quedando el presente recurso conclusivo para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- La sentencia dictada en primera instancia, cuyo fallo ha quedado transcrito en los precedentes antecedentes de hecho, es recurrida en apelación por el actor, señor Braulio interesando su revocación y la estimación de la demanda, alegando error en la apreciación de la prueba dada la actuación de los menores, su mal comportamiento con amenazas de muerte al apelante, partes médicos de intoxicaciones por consumo de drogas por los menores, absentismo escolar, enfermedad grave del padre que le impide trabajar y que de hecho los menores no se encuentran con la madre que no los quiere en su casa y viven con la abuela materna de unos 80 años y que por analogía con la privación de la patria potestad y por razones humanitarias se acuerde privar al padre recurrente de la patria potestad y extinguir la pensión de alimentos.

SEGUNDO.- Pues bien, el padre presenta demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio solicitando se proceda a aceptar la renuncia a la patria potestad del actor y asimismo que se extinga la pensión de alimentos. Dicha petición como vimos fue denegada y se reitera en este recurso de apelación en base a los argumentos transcritos en el antecedente.

La situación descrita por el parte y acreditada mediante las pruebas practicadas refleja ciertamente una situación de los menores que debe ser atendida en aras a salvaguardar sus intereses y proteger adecuadamente su desarrollo, formación y relación con sus progenitores. Ahora bien, ello no es factible mediante la medida postulada por el padre pues la patria potestad no es un derecho renunciable, es un conglomerado de derechos y deberes de los padres que la ley establece (Art. 154 y SS del Código Civil) respecto de los hijos habidos en su unión, en aras precisamente de la función protectora y formativa que, por derecho natural, corresponde a quienes han asumido la decisión de procrear a un hijo, y ello mientras éste no se encuentre en condiciones naturales y jurídicas de valerse por sí mismo.

Lo que la ley prevé es la privación de la patria potestad o de su ejercicio cuando concurren los motivos legales y graves que deben afectar, no al comportamiento de los hijos, sino del progenitor y en aras precisamente a salvaguardar su interés. Ha de estar basada en causas excepcionales, bien por impedir, de hecho, tal ejercicio, bien por afectar de forma grave al menor (Art. 170 C. Civil), en cuanto perjudique seriamente su formación integral, con incumplimientos de entidad de los deberes que se entrelazan con los derechos definidores de la función reguladora en el contexto de preceptos indicado.

Por ello, tal decisión judicial, de enorme trascendencia y gravedad, ha de limitarse a supuestos de índole excepcional, y además ha de ser siempre beneficiosa para el hijo.

En el caso de autos la situación en la que se encuentran los hijos no mejoraría con la medida postulada, medida por lo demás no prevista legalmente, como bien alega el recurrente y que no admite su aplicación por analogía con las supuestos de privación de la patria potestad o de su ejercicio previstos para una situación distinta y con una finalidad diferente.

La situación de los menores exige la actuación del ministerio fiscal y de los servicios de protección de menores a quienes se dio traslado de su situación por el juzgado.

TERCERO.- En cuanto a la extinción de la pensión de alimentos no hay prueba en autos de la carencia de ingresos del progenitor o de su disminución en relación con los que percibía cuando fue establecida de común acuerdo por los progenitores y su fundamento parece ligado en la demanda a la renuncia de la patria potestad, medida no acordada, que en ningún caso eximiría al padre de la obligación de alimentos (art. 93-2 CE y art. 110 Cc).

CUARTO.- Que con respecto a las costas, dado el predominante carácter público, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las causadas (art 398 LEC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador Sra. Coloma Castañer, en nombre y representación de D. Braulio , contra la sentencia de fecha 21-6-2018, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Palma, en los autos Modificación de medidas, de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, **DEBEMOS CONFIRMARLA y la CONFIRMAMOS** en todos sus extremos.

No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.



Recursos.- Conforme el art. 466.1 de la L.E.C. 1/2000, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la sentencia, en virtud de la reforma introducido por la Ley 37/2011 de 10 de Octubre. No obstante lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno. Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre, el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Sección cuarta de la Audiencia Provincial, nº 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Letrado de la Administración de Justicia certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENES