



Roj: **SAP M 3272/2016 - ECLI:ES:APM:2016:3272**

Id Cendoj: **28079370222016100160**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **15/03/2016**

Nº de Recurso: **110/2015**

Nº de Resolución: **245/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **CARMEN NEIRA VAZQUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Madrid, núm. 80, 21-11-2014,  
SAP M 3272/2016**

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0015330

Recurso de Apelación 110/2015

Autos Nº: 958/13

Procedencia: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 80 DE LOS DE MADRID

Apelante- demandante: DON Fausto

Procurador: DON LUIS DE VILLANUEVA FERRER

Apelada-demandada: DOÑA Marí Jose

Procurador: DON JORGE DELEITO GARCIA

Ponente: ILMA. SRA. DOÑA CARMEN NEIRA VÁZQUEZ

### **SENTENCIA N°**

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña CARMEN NEIRA VÁZQUEZ

En Madrid, a 15 de marzo de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de divorcio seguidos, bajo el nº 958/13 ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 80 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante-demandante Don Fausto , representado por el Procurador Don Luis de Villanueva Ferrer.

De la otra, como apelada-demandada Doña Marí Jose , representada por el Procurador Don Jorge Deleito García.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña CARMEN NEIRA VÁZQUEZ.

### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.



SEGUNDO.- Con fecha 21 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de los de Madrid se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " FALLO : Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sr. LUIS DE VILLANUEVA FERRER, en nombre y representación de D. Fausto , contra D<sup>a</sup>. Marí Jose , debo declarar y declaro disuelto su matrimonio por divorcio, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, con adopción de las medidas que constan en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución, que en aras de la brevedad se tienen aquí por reproducidos.

Sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes."

Con fecha 2 de diciembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de los de Madrid se dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " SE RECTIFICA la Sentencia de fecha 26 de noviembre de 2014 en el sentido siguiente:

Donde consta en el fundamento jurídico segundo:

" En concepto de alimentos para los menores, D. Fausto , abonará a D<sup>a</sup> Marí Jose , 550 euros mensuales, 270 euros mensuales para cada menor."

Debe constar:

" En concepto de alimentos para los menores, D. Fausto , abonará a D<sup>a</sup> Marí Jose , 550 euros mensuales, 275 euros mensuales para cada menor."

Donde consta en el fallo:

"...con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, con adopción de las medidas que constan en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente..."

Debe constar:

"...con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, con adopción de las medidas que constan en el Fundamento Jurídico Tercero de la presente..."

Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de Don Fausto , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de D<sup>a</sup> Marí Jose escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 26 de octubre de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia debido al número de asuntos que se tramitan en este Tribunal.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la dirección letrada de la parte apelante se interesa la revocación de la resolución recurrida y se pide se dicte resolución por la que se acuerde la guarda y custodia a favor del padre y las medidas consecuencia de la anterior , en todo caso que se le atribuya la vivienda y con carácter subsidiario que se reduzca la pensión alimenticia a su cargo y se alega entre otras razones que el hijo mayor, Jose Francisco , quiere y esta es su voluntad, estar con su padre y se argumenta que efectivamente la custodia compartida es perjudicial para los menores y destaca que ha procurado que el menor permaneciese con la madre y aclara que Juan Antonio desde que se dictó auto de medidas ha permanecido todo el tiempo con la abuela materna por incompatibilidad horaria laboral de la madre . Precisa el horario del padre con flexibilidad y destaca que el padre ha cuidado de los hijos.

Por su parte Doña Marí Jose pide que se desestime el recurso y alega entre otras razones el padre no es adecuado para ostentar la custodia de los hijos aludiendo a la insuficiencia de la capacidad del progenitor paterno.

SEGUNDO.- Se cuestiona en primer lugar la guarda y custodia de los hijos comunes de 16 y 11 años de edad como nacidos el NUM000 de 1999 y el NUM001 de 2004 .

La primera cuestión así suscitada relativa a la guarda y custodia de los menores habrá de ser resuelta conforme a la normativa del C.C. y la ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a



la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que "En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación".

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.,.

Con tales criterios orientadores la Juzgadora de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de los hijos a favor de la madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre respecto a los citados menores, en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del centro escolar hasta la tarde del domingo y las demás estancias que allí se indican.

La Sala considera conforme a derecho la medida relativa la custodia materna a la vista de cuanto se ha actuado en la primera instancia y valorando el desarrollo de cuantas diligencias se han practicado con especial significación del informe pericial elaborado en el Juzgado " a quo", así como los demás informes obrantes a las actuaciones de los que se infiere la corrección de lo resuelto por la Juzgadora de la instancia; documentos, informes y pericia que determinaron, asimismo, la impertinencia de llevar a cabo nuevas diligencias en esta alzada, en el interés prioritario de los menores, quienes ya examinados en aquella instancia no habían de ser nuevamente evaluados, en evitación de experiencias gravosas o generadoras de eventual daño psicológico, recordando en todo caso que la valoración del menor por los responsables del equipo psicológico - tal y como se ha llevado a cabo en el procedimiento, mediante interacción de los menores con sus progenitores y exploración de los menores individualmente, según la metodología que se describe en el cuerpo del propio dictamen - cumple ya las exigencias que en orden a la necesidad de audiencia del menor y la consecuente e inexcusable intermediación establece la doctrina del Tribunal Constitucional.

En efecto, en dicho peritaje se pone de manifiesto que el ahora recurrente admite en la entrevista practicada a tal fin que no tiene autoridad sobre el hijo en ese aspecto ( el menor Jose Francisco se ha negado a cumplir ese régimen de custodia desde el inicio, cuando le tocaba convivir con la madre ), y en esa actitud el informante destaca que se percibe rigidez, frialdad, el resentimiento hacia la madre parece primar por encima de los sentimientos y protección de los menores para que no les alcance el conflicto de los adultos.

En la interacción entre el padre y el hijo Jose Francisco, los comentarios del padre acerca de la actitud rebelde del menor - sigue informando el perito - actúan como refuerzo de dicha actitud, pues no le hace ver las consecuencias negativas de la misma, minimizando sus efectos, y encontrando disculpas en la misma; y sigue diciendo el Psicólogo forense: " El padre tampoco muestra interés alguno en aclarar al menor que está en un error al afirmar éste que por tener más de doce años puede elegir y decidir, con arreglo a la ley, con qué progenitor debe convivir".

Y en cuanto al análisis del menor describe que Jose Francisco, en la exploración se muestra " muy ansioso, se muerde las uñas, le cuesta controlar su discurso, interrumpe constantemente al Técnico, muestra una elevada dosis de agresividad verbal cuando se refiere a su madre, su pensamiento es rígido, obsesivo, suspicaz e inflexible, asume con dificultad la discrepancia con sus postulados, muestra una actitud terca y desafiante con las normas y la figura de la autoridad " y en la interacción la madre el menor se muestra " muy agresivo verbalmente con ella ".

"la madre"- continúa desglosando el perito forense- " mientras, asume una actitud de silencio y únicamente interviene para decirle que quiere estar con él ...."

Por su parte la Psicóloga del Centro de Salud mental del Hospital 12 de Octubre manifiesta que el chico presenta alteraciones emocionales severas y señala la presencia de posibles secuelas psicológicas en Jose Francisco derivadas de su instrumentalización en el conflicto poniendo en conocimiento de los SS SS la situación de riesgo en la que se encuentra el menor. Y señala que el menor se encuentra totalmente identificado con su padre manifestando que el progenitor se ha mostrado muy suspicaz y rígido si bien intenta transmitir una imagen de cuidador.



Por lo que respecta a Juan Antonio se indica que éste manifiesta sentirse a gusto con los dos progenitores por igual. Su actitud es aparentemente de tranquilidad, aunque se adivina un alto nivel de insatisfacción con el ambiente familiar pues aparece expuesto a la influencia negativa de su hermano y del padre respecto de su relación materno - filial.

Los dos hermanos manifiestan positivos sentimientos y emociones de forma recíproca aunque esta relación se puede poner en riesgo así como la buena relación existente entre la madre y Juan Antonio si la actitud del menor Jose Francisco, reforzada por el padre, persiste en su rechazo a la figura materna y trata de arrastrar al hermano pequeño.

Los resultados del cuestionario muestran que el perfil del padre es ligeramente superior al de la madre, sin embargo hay que tener en cuenta la elevada puntuación del padre en la escala de Deseabilidad Social que implica que su actitud en las respuestas denota un desmesurado interés por ofrecer una buena imagen de sí mismo ocultando sus defectos o debilidades, confirmando la existencia de una marcada tendencia a la disimulación, por lo que hay que ser extremadamente cautos y prudentes en la interpretación de su perfil.

Se concluye que resulta indispensable que el CAI intervenga especialmente con los progenitores, pues en el caso del padre, Don Jose Francisco, reconoce su incapacidad para mantener su autoridad hacia su hijo para que cumpla con el mandato judicial por el cual se establece una custodia compartida - En el auto de medidas provisionales -.

Y no solo - se incide - no es capaz de persuadir y convencer al hijo sino que con su actitud laxa y permisiva refuerza la conducta oposicionista y rebelde del mismo, le utiliza de forma inadecuada en el conflicto conyugal y todo ello a pesar de haber recibido consejos de la Psicóloga para que modificara su conducta en dicho sentido.

En el mismo sentido se reseña que el padre no ha sabido o no ha querido proteger a los menores especialmente a Jose Francisco, durante el conflicto de ruptura con doña Marí Jose manteniéndoles al margen del mismo, como debería ser, sino que con su conducta ha alentado que el menor tome partido por uno de los dos progenitores, quien es incapaz de afrontar la crisis familiar con elementos de racionalidad como puede hacer un adulto, llevándole a generar sentimientos de odio y rencor hacia su madre.

Ya en el mes de Abril de 2014 aquel informe de la Psicóloga señalada pone de manifiesto que las dificultades han ido aumentando implicando a Jose Francisco en la judicialización del conflicto.

De todo ello se infiere la necesidad inexcusable de proteger el interés prioritario de los menores y en especial de Jose Francisco cuya estabilidad emocional se compromete gravemente con la actitud y conducta del padre involucrando improcedentemente a los hijos - sin recursos psicológicos propios suficientes para afrontar aquella situación conflictiva - en la crisis conyugal y alentando los comportamientos desafiantes e impulsivos de Jose Francisco, cuyo cuidado, atención y asistencia es correctamente encomendada a la madre al tiempo que se dispone lo necesario para que los SS de zona y el Instituto Madrileño del menor y la Familia de la CAM adopten cuantas medidas sean pertinentes para la protección de los menores, dando cuenta asimismo al CAI a fin de que se proteja la situación de los menores con las medidas que fueren pertinentes, y con cuyo resultado podrá adoptarse en cualesquiera momento la medida que aconseje el bienestar y beneficio siempre prioritario de Juan Antonio y Jose Francisco, medidas éstas en pro de su mejor satisfacción y derecho que no necesariamente han de coincidir plenamente con el deseo expreso de los menores, cuando como en el presente caso aparece que el menor Jose Francisco padece alteraciones emocionales severas, según informe clínico obrante al folio 377 de los autos.

Por todo cuanto antecede no procede sino confirmar la sentencia recurrida y desestimar este primer motivo de apelación y las medidas consecuencia de la anterior, debiendo tener en cuenta que la medida apelada es conforme a las circunstancias examinadas y todo ello sin perjuicio de modificarlas en caso de cambiar los condicionantes que se acaban de valorar, manteniendo las relativas a las visitas en atención a las circunstancias expuestas y a cuanto se establece en el artículo 94 del CC ..

TERCERO.- Se discute en todo caso el uso y atribución de la vivienda familiar.

El art. 96 del C. C. establece que : " En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".



Y es lo cierto que el examen de las actuaciones evidencia la pertinencia de acoger este motivo de apelación si tenemos en cuenta que la ahora recurrida cuenta asimismo con un inmueble de su propiedad - la vivienda conyugal es privativa del ahora recurrente - y la propia demandada en su escrito de contestación a la demanda indicó que , y así lo solicitó en cuanto al uso de la vivienda familiar , se atribuyera a la madre e hijos , para a continuación añadir que " Este uso del domicilio familiar será por un tiempo de 6 meses, es decir, hasta que los menores terminen su curso escolar ( y evitarles así mayores trastornos ) , momento en el cual la madre como progenitora custodia en compañía de sus hijos, saldrá con ellos de dicho domicilio permitiendo el uso del mismo al progenitor paterno .

La madre le comunicará la dirección del domicilio donde vivirán los menores una vez haya acondicionado el mismo " .

Y tales extremos fueron expresamente recogidos en el suplico de aquel escrito , lo que a su vez fue reiterado en el escrito de conclusiones en el que la parte se remite a las medidas solicitadas en su escrito de contestación a la demanda.

De esta forma es claro que la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al propietario del inmueble por cuanto en aplicación de lo dispuesto en el artículo 96 del CC ..., ambos hijos menores , sujetos de protección preferente de cuanto nos ocupa, tienen cubiertas sus necesidades de alojamiento en la vivienda de la progenitora materna quien por lo demás así expresamente lo pidió al solicitar que se le otorgara exclusivamente el uso de la vivienda durante un período de 6 meses hasta que los hijos acabasen el curso escolar y una vez transcurrido dicho tiempo saldrían del inmueble en cuestión, todo lo cual conduce a revocar la sentencia recurrida y a estimar este motivo de apelación, disponiendo que se otorga el uso y disfrute de la vivienda familiar a su propietario don Fausto , debiendo ser abandonada por la ex esposa e hijos en el plazo de 20 días contados desde la notificación de la presente resolución pudiendo llevar consigo sus bienes y enseres de uso personal y de sus hijos.

En dichos términos se revoca la sentencia recurrida.

CUARTO.- Y se discute el importe de la pensión de alimentos.

Tal cuestión objeto de debate ha de resolverse conforme a las previsiones de los arts. 93 , 142 , 145 , 146, ss. y concordantes, todos ellos del Código Civil , que disponen y regulan la pensión de alimentos conforme a unos criterios determinantes cuales son las exigencias de equilibrio y proporcionalidad entre de una parte los recursos del obligado al pago, éstos siempre de carácter objetivo, y las necesidades del alimentista, de condición subjetiva o relativa, en cuanto su cuantificación dependerá de otros varios factores, entre los que sin duda tiene especial significación la situación económica disfrutada por el grupo familiar y valorando dichas necesidades por el nivel de satisfacción obtenido por la cobertura de otras necesidades más básicas o elementales.

Con tales presupuestos se estima conforme a derecho y a las circunstancias del caso la fijación de la pensión de alimentos establecida en la sentencia y que pretende disminuir la parte apelante , habida cuenta los ingresos de una y otra parte cifrados en el año 2012 los de la ahora apelada en un rendimiento neto según la declaración fiscal de aquella anualidad , en 29826,61 euros y una cuota resultantes de autoliquidación de 5442,97 euros lo que sitúa sus ingresos en un promedio al mes de poco más de 2000 euros, al tiempo que el recurrente en la anualidad anterior cifró sus ingresos mensuales en una media de 2900 euros al tener por el primer concepto unos ingresos de algo más de 46000 euros y una cuota resultantes de autoliquidación de 10826 euros, siendo los de la anualidad siguiente considerablemente inferiores al reseñarse un rendimiento neto de 38564,79 euros y una cuota resultante de autoliquidación de 8345,98 euros lo que cifra los ingresos al mes en algo más de 2500 euros.

Si a todo ello añadimos que el ahora recurrente dispone a su favor de la vivienda de su propiedad y la recurrida aporta al mantenimiento de los hijos la parte correspondiente al alojamiento en inmueble de su propiedad , es claro que la proporcionalidad de los alimentos se acomoda a las circunstancias examinadas , lo que conduce a mantener la sentencia recurrida y a desestimar este motivo de apelación.

QUINTO.- De conformidad con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , dada la estimación parcial, no se hace especial pronunciamiento de las costas causadas en esta instancia.

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

### III.- FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por Don Fausto contra la sentencia dictada en fecha 21 de noviembre de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia nº 80 de los de Madrid , en autos de



divorcio seguidos, bajo el nº 958/13, entre dicho litigante y Doña Marí Jose , debemos revocar y revocamos parcialmente la resolución impugnada, en el sentido de declarar y disponer que se otorga el uso y disfrute de la vivienda familiar a su propietario don Fausto , debiendo ser abandonada dicha vivienda por la ex esposa e hijos en el plazo de 20 días contados desde la notificación de la presente resolución pudiendo llevar consigo sus bienes y enseres de uso personal y los de sus hijos.

No se hace especial pronunciamiento de las costas procesales causadas en el presente recurso.

Firme que sea esta resolución , procédase por el Órgano a quo a devolver el depósito constituido para recurrir.

MODO DE IMPUGNACION DE ESTA RESOLUCIÓN: Contra esta sentencia cabe interponer recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en el Banco Santander, S.A., Oficina nº 3283 sita en la calle Capitán Haya nº 37, 28020 Madrid, con el número de cuenta 2844-0000-00-0110- 15, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

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

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe