



Roj: **SAP M 16389/2016 - ECLI:ES:APM:2016:16389**

Id Cendoj: **28079370222016100862**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **01/12/2016**

Nº de Recurso: **1338/2015**

Nº de Resolución: **882/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL PILAR GONZALVEZ VICENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimosegunda

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 12 - 28020

Tfno.: 914936205

37007740

N.I.G.: 28.079.42.2-2012/0209344

Recurso de Apelación 1338/2015

Órgano Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid

Autos de **Divorcio** contencioso 1029/2012

APELANTE: Dña. Leticia

PROCURADORA: Dña. ANA ENAMORADO SÁNCHEZ

APELADO: D. Jaime

MINISTERIO FISCAL

Ponente: Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente

S E N T E N C I A N º

Magistrados:

Ilmo. Sr. Don Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. Don Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente

En Madrid, a 1 de diciembre de 2016.

La Sección Vigésimosegunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos sobre **Divorcio** Contencioso, seguidos bajo el nº 1029/2012, ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid, entre partes:

De una como apelante, doña Leticia , representada por la Procuradora doña Ana Enamorado Sánchez.

De otra, como apelado, don Jaime , en situación de rebeldía procesal.

Ha sido parte igualmente el Ministerio Fiscal.

Visto, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Doña María del Pilar González Vicente.



I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha 9 de marzo de 2015, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de Madrid, se dictó Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda de **divorcio** interpuesta por Dª Leticia contra D. Jaime, por las razones expuestas en el fundamento jurídico primero de esta resolución, dejando imprejuzgada la acción ejercitada, sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Al notificar esta sentencia a las partes hágaseles saber que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 455 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, contra la misma podrán interponer, ante este juzgado, en el plazo de veinte días, recurso de apelación, que no suspenderá la eficacia de las medidas acordadas, para cuya admisión será necesaria la previa constitución de depósito por la cantidad de 50 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este juzgado, a excepción del Ministerio fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos. Conocerá el recurso la Sección 22a de la Audiencia Provincial de Mad

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón y se arca en el Libro correspondiente, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio mando y firmo".

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de doña Leticia, exponiéndose en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su recurso.

De dichos escritos se dio traslado a las partes, adhiriéndose parcialmente el Ministerio Fiscal.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, vista y fallo el día 18 de julio del presente año. Por Auto de 26 de julio de 2016, se acordó Diligencia Final oír a los menores Coro y Juan Francisco, realizar consulta telemática, y para el caso de encontrarse de alta el demandado librar oficio a la empresa para conocer su salario.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurso de apelación.

Por la representación procesal de doña Leticia demandante-apelante, se presenta recurso de apelación contra la sentencia 9 de marzo de 2015, que desestima la demanda de **divorcio** dejando imprejuzgada la acción ejercitada sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Se alega en el recurso la existencia de una grave contradicción, vulnerando un derecho fundamental del acceso a la tutela judicial efectiva, ya que no existe motivo para aceptar la excepción de cosa juzgada. En consecuencia que procede estimar el **divorcio** solicitado.

Respecto de la demanda que se dijo presentada en Tetuán, se alega que se preparó hace unos tres años, que no saben si realmente se presentó, y manifiesta la imposibilidad de saberlo. Solicita que se dicte sentencia que acuerde el **divorcio** de los cónyuges, se fije pensión de alimentos y compensatoria y se otorgue la custodia de los menores a la madre.

El Ministerio Fiscal se adhiere parcialmente al recurso, y ante la inexistencia de una norma entre los dos países España y Marruecos, que regule la institución de la litispendencia, y no constando que la resolución final de los tribunales marroquíes haya sido objeto de una petición de reconocimiento ante la autoridad española se deberá tramitar el procedimiento. Practicada la Diligencia Final acordada informa que se atribuya la custodia de los menores a la madre, el uso del domicilio familiar a los menores y a la madre, una pensión de alimentos de 100 € para cada menor, en doce mensualidades, actualizable al 1 de enero de cada año, conforme al IPC, que no se establezca régimen de visitas con el padre.

SEGUNDO.- Motivo del recurso.

En el presente procedimiento fue la propia parte actora quien en la vista celebrada el 15 de octubre de 2014, puso de manifiesto al tribunal que en junio de 2014 se había iniciado un juicio del matrimonio de **divorcio** en los juzgados de Tetuán, que se habían solicitado pensión de alimentos para los hijos y que la sentencia iba "ya va a salir". Ante estas manifestaciones se acordó la suspensión del procedimiento por 30 días para que se aportará la resolución dictada en el juzgado de Primera instancia de Tetuan, y en su defecto, certificación



expedida por el tribunal en el que constase la clase de procedimiento, identidad de partes, objeto del proceso, y estado, para valorar si existe o no la excepción de cosa juzgada, y solicitar en su caso certificación de la situación, para saber si ya están o no divorciados; por la parte no se presentó ninguno de los documento solicitados, por tanto no quedando constancia de que se haya presentado una demanda ante los tribunales de Marruecos, ni que se haya dictado sentencia acordando el **divorcio** y medidas en relación con los hijos menores de los tribunales de España tienen competencia para conocer la demanda presentada, en base a lo dispuesto en el art. 3 del Reglamento 2201/2003, (UE) de la competencia, ley aplicable, ejecución de las resoluciones matrimoniales y de responsabilidad matrimonial, por tener en España, y en concreto Madrid, las dos partes la residencia habitual, la competencia territorial corresponde a los tribunales de Madrid, habiendo correspondido por normas de reparto al Juzgado de Familia nº 24 de los de Madrid.

El matrimonio figura inscrito en el Registro Civil Central, sin que conste en el mismo, según la certificación librada en 2012, ninguna inscripción marginal de resolución extranjera dictada en relación con el matrimonio, documento que tampoco ha sido presentada por las partes. No puede considerarse que exista excepción de cosa juzgada formal, art. 207 LEC , ni tampoco cosa juzgada material, art. 222 de la LEC , porque como se dispone en el mismo art. 222.3 párrafo segundo de la misma ley "En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad, incapacitación y reintegración de la capacidad, la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil; la propia sentencia reconoce la ausencia de cosa juzgada, existente en el presente procedimiento.

Tampoco puede admitirse que, en estas circunstancias, proceda denegar el **divorcio** interesado, por las simples manifestaciones de la parte de que se presentó en el juzgado de Tetuán una demanda de **divorcio**; por el peligro de que puedan existir dos sentencias sobre las mismas medidas y contenido y alcance diferente, debiéndose de regular la situación existente tanto en relación con la petición del **divorcio** del matrimonio, como de las medidas de los hijos menores, Coro , nacida el NUM000 -1999, Juan Francisco , el NUM001 -2004, Modesto , el NUM002 -2006, y Tomás , el NUM003 -2012, de 17, 12, 10 y 6 años de edad respectivamente en la actualidad, todos ellos nacidos en España.

TERCERO.- Divorcio.

A tenor de lo dispuesto en el art. 107 del CC , a falta de nacionalidad común, se aplica la ley de la residencia habitual del matrimonio, por lo que es de aplicación el art. 85 CC , llevando casados desde 1996, procede declarar la disolución por el **divorcio** del matrimonio contraído el 27 de julio de 1996.

El motivo del recurso debe estimarse.

CUARTO.- Medidas en relación con los hijos menores.

Valorada la prueba practicada, en especial las audiencias de los hijos menores Coro y Juan Francisco , nacidos el NUM000 -1999 y el NUM001 de 2004, de 17 y 12 años en la actualidad, quienes conviven con la madre y no tienen relación ni siquiera telefónica con el padre, desde hace más de tres años, siendo la madre quien les cuida, les gestiona que puedan estudiar con beca, y se preocupa de ellos en todos los sentidos, procede atribuir la custodia de los cuatro hijos menores a la madre, así como el ejercicio de la patria potestad, a tenor de lo dispuesto en los artículos 92 y 94 del CC , sin fijar inicialmente un régimen de estancias y visitas y comunicaciones, con el padre, al desconocerse sus circunstancias personales, así como si desea y puede tener consigo a sus hijos, sin perjuicio de que pueda solicitar que se fije un régimen de visitas, y una vez acreditadas sus circunstancias y ponderadas las circunstancias que se acrediten se pueda acordar sobre las relaciones del padre con sus hijos.

Manifiestan que viven en una vivienda del IVIMA, existiendo hijos menores procede atribuir el uso de la vivienda familiar sita en Madrid a los menores y a la madre, por tener atribuida la custodia hasta la mayoría de edad de los mismos

En cuanto a la pensión de alimentos de los hijos menores, teniendo en cuenta que la obligación de dar alimentos es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, alcanzando rango constitucional como taxativamente establece el artículo 39 de la CE . Tal obligación por modo inmediato del hecho de la generación es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad, Art. 154.1 del CC". La Convención de de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, declara que el "favor filii" debe de prevalecer sobre otros intereses en relación a los alimentos que son de naturaleza básica y fundamental. Por tanto la obligación de prestar alimento se basa en el principio de la solidaridad familiar, tiene naturaleza de orden público, y al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales es uno de los deberes fundamentales de la patria potestad, constituyendo una obligación de carácter imperativo y personalísimo.

La contribución a los alimentos del progenitor que no convive con los hijos menores se han de tomar como referencias en los supuestos de crisis familiares los ingresos de cada uno de los litigantes, y los gastos de los



menores, que permitirán fijar la proporcionalidad de la cuantía, y en atención a lo dispuesto en los artículos 142, 144, 146 y 147 del Código Civil, porque la pensión alimenticia tiene que ser proporcionada al caudal y medios de quién los ha de proporcionar por todos los conceptos, del otro progenitor, que como en este caso tiene la custodia de las hijas por sentencia, y a las necesidades de quién los recibe (art 93 CC), según los usos y las circunstancias de la familia, los recursos y disponibilidades del guardador.

En el presente supuesto, se interesa una pensión alimenticia de 150 € por cada uno de los hijos y de 100 € por el Ministerio Fiscal; de la prueba practicada resulta acreditado que los menores Coro, Juan Francisco, Modesto, y Tomás, viven con la madre a su cuidado, en una vivienda del IVIMA, reconocen estar con problemas económicos, estudiar con beca, y tener ayudas sociales, del padre solo consta que en el año 2007, trabajaba como ayudante de camarero, con una antigüedad desde 7-1-2004, percibiendo ingresos netos mensuales sobre los 700 €, el PHJ informa que figura de alta en TRES CIENTO TRES CB desde el 27-11-2015, negocio dedicado a restaurantes y puestos de comida, causando baja voluntaria el 29 de julio de 2016, según informa la empresa, en su vida laboral constan diversos empleos desde el año 2000; en 2015 obtuvo un total integro de 484,16 + 70,56+68,13+22,71+y finalmente de 3.599,50€ de prestación por desempleo; la única cuenta a su nombre figura con saldo cero a 31-12-2015, figurando un Mercedes diesel 300 D matrícula FI...K, que ha pasado los ITV el último en 2016, sin seguro actualizado, y un Citroën C4 matrícula ...YY, sin seguro, pero con validez de ITV hasta 7-7-2017; causó baja en la prestación por desempleo; es la madre quien se ocupa de sus necesidades personales y escolares, últimamente llevan sin verle más de 3 años y medio, es evidente que el padre tiene experiencia laboral en el mundo de la hostelería, alternando ingresos como camarero con prestaciones por desempleo, que le permiten mantener el vehículo Mercedes antes referido. De la madre no se acreditan ingresos, ni figura de alta, habiéndose dedicado al cuidado de los hijos. No consta que el padre haya ayudado a los hijos menores, ni que se haga cargo de ningún gasto. En estas circunstancias se fija una pensión de alimentos mínima, con cargo al padre, de 100 € por cada uno de ellos, en total 400 € mensuales, que deberán abonarse desde la fecha de la presentación de la demanda, al no haber pagado durante todo este tiempo ninguna pensión ni ayuda el obligado al pago, a tenor de lo dispuesto en el artículo 148 del C.C.

En consecuencia el motivo del recurso debe estimarse en parte.

QUINTO.- Pensión compensatoria.

Valorados los datos anteriormente puestos de manifiesto, únicos acreditados, no se considera que concurran los requisitos del art. 97 del CC por lo que proceda reconocer pensión compensatoria a la esposa, al llevar separados de hecho más de tres años, y no acreditarse la situación laboral y económica de la esposa, a quien le corresponde

El motivo debe decaer.

SEXTO.- Costas.

Estimándose el recurso de apelación, no procede condenar en costas al recurrente en esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Visto los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

III.- FALLAMOS

Que estimando el recurso formulado por la representación procesal de doña Leticia, contra la Sentencia dictada en fecha 9 de marzo de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia, Familia, nº 24 de Madrid, en autos de **divorcio**, seguidos bajo el nº 1029/12 contra don Jaime, debemos revocar y revocamos, debiendo acordar y acordamos la disolución por el **divorcio** del matrimonio contraído por las partes y las siguientes medidas en relación con los hijos menores

1º Se atribuye la guarda y custodia de los cuatro hijos menores a la madre doña Leticia, y el ejercicio de la patria potestad de los menores.

2º No se acuerda régimen de estancias, visitas ni comunicaciones del padre con los menores, por desconocerse sus circunstancias, sin perjuicio de los acuerdos a los que puedan llegar las partes y la flexibilidad que debe regir en los dos hijos mayores.

3º Se atribuye el uso de la vivienda familiar a los menores y a la madre.

4º El padre deberá abonar una pensión de alimentos de 100 € por hijo, en total 400 € mensuales, en doce mensualidades, en la cuenta que la madre designe, desde la fecha de la presentación de la demanda. Actualizable anualmente al 1 de enero de cada año conforme al IPC que publica el INE u organismo que lo sustituya. Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad por los dos progenitores.



5º No ha lugar a fijar pensión compensatoria a la esposa.

Sin hacer imposición de las costas en el presente recurso.

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 1338 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

FONDO DOCUMENTAL CEMOJ