

Id Cendoj: 35016370032006100371
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Palmas de Gran Canaria (Las)
Sección: 3
Nº de Recurso: 313/2005
Nº de Resolución: 339/2006
Procedimiento: Recurso de apelación
Ponente: ROSALIA MERCEDES FERNANDEZ ALAYA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Ilmos. Sres.

Presidente:

D./D^a. Ricardo Moyano García

Magistrados:

D./D^a. Rosalía Fernandez Alaya

D./D^a. Ildfonso Quesada Padrón

En Las Palmas de Gran Canaria , a 11 de septiembre de 2006 .

SENTENCIA APELADA DE FECHA: 13 de julio de 2004

APELANTE QUE SOLICITA LA REVOCACIÓN: D./D^{ña}. Amanda

VISTO, ante AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN TERCERA , el recurso de apelación admitido a la parte demandante , en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 3 de TELDE de fecha 13 de julio de 2004 , seguidos a instancia de D./D^{ña}. Amanda representados por el Procurador D./D^{ña}. Margarita Martel Moreno y dirigido por el Letrado por D./D^{ña}. Maria Suarez Ramirez , contra D./D^{ña}. Gustavo representado por el Procurador D./D^{ña}. Francisco Ojeda Rodriguez y dirigido por el Letrado D./D^{ña}. Teresita Del N.j. Perez Rodriguez, siendo parte el Ministerio Fiscal .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la Sentencia apelada dice:

Estimando la demanda de separación interpuesta por D^{ña}. Amanda contra D. Gustavo , decreto la separación indefinida de los cónyuges con todos los efectos legales inherentes. Asimismo debo acordar y acuerdo las siguientes medidas:

1. Se atribuye la guarda y custodia del hijo David a D. Gustavo , siendo la patria potestad compartida con el otro progenitor que deberá ser consultado en cuantos asuntos de interés se presenten en la vida del hijo, resolviendo el Juez en caso de discrepancia.

2. Se atribuye a D./D^{ña}. Amanda el régimen de visitas siguiente bajo los principios de flexibilidad y adaptabilidad que el bien de los hijos imponga:

- Podrá tener en su compañía al hijo en fines de semana alternos desde las veinte horas del viernes hasta las veinte horas del domingo, debiendo recoger y reintegrar al menor en el domicilio paterno, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, y el mes de julio o el de agosto,

correspondiendo la elección del periodo de disfrute a D./Dña. Amanda los años pares y a D./Dña. Gustavo los años impares. La mitad de las vacaciones escolares de verano será a partir del año 2005.

- El día 6 de enero será compartido por ambos padres por mitad.

- En caso de enfermedad o accidente grave del menor, el cónyuge que no lo tuviera en su compañía podrá visitarlo, respetando siempre el interés primordial de obtención de la sanidad del menor.

- En los supuestos de cumpleaños del menor, el cónyuge que no lo tuviera en su compañía podrá visitarlo durante dos horas, respetando la celebración que se pudiera efectuar en conmemoración del aniversario.

- Ambos cónyuges tienen la obligación de comunicarse mutuamente cualquier incidencia relevante respecto a la educación, salud etc. que afecte al menor.

3. Se atribuye al menor David , en compañía de su padre, el uso del domicilio conyugal, con todas sus dependencias y con los objetos que forman el ajuar del mismo

4. El progenitor que no va a ser usuario de la vivienda, si no lo ha hecho ya, deberá abandonarla en el plazo de tres días desde la notificación de la presente resolución, bajo apercibimiento de proceder a su lanzamiento en caso contrario, pudiendo recoger los objetos y enseres de uso personal.

5. Sin perjuicio de lo acordado en el apartado 3, se concede al progenitor que va a ocupar la vivienda familiar la administración ordinaria de ésta, siempre que la ocupe de forma permanente y sin que en ningún caso esta administración permita ceder el uso de la misma a un tercero, cualquiera que pudiera ser el título para hacerlo.

6. D./Dña. Amanda pasará a la otra parte la cantidad de CIENTO VEINTICINCO EUROS para el levantamiento de las cargas familiares. Esta entrega se hará por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y en doce mensualidades al año. El ingreso se hará en la cuenta bancaria que señale D./Dña. Gustavo y será objeto de actualización anual conforme a las variaciones del IPC que señale el INE u organismo que, en el futuro, haga sus funciones. Asimismo la madre contribuirá en un cincuenta por ciento a los gastos extraordinarios que genere la atención del hijo siempre que sean previamente consultados (de ser posible) y se justifiquen adecuadamente, resolviendo el juez en caso de discrepancia tanto sobre su procedencia como sobre su cuantía.

7. En cuanto al resto de peticiones de carácter patrimonial estése a la liquidación de la sociedad de gananciales y, concretamente, a la previsión del *artículo 809.1 (último párrafo) LECn*.

No se hace expresa condena en costas. SEGUNDO.- La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el *artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , y habiéndose solicitado y admitido en esta segunda instancia prueba, se convocó a las partes a la correspondiente vista prevista en el *artículo 464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se celebró el pasado día 21 de Marzo de 2.006* .

TERCERO.- Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es ponente de la sentencia el Ilmo. Sr./a D./Dña. Rosalía Fernandez Alaya , quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la esposa demandante en esta litis contra el fallo dictado en primera instancia en lo que respecta a las medidas acordadas sobre el menor hijo común del matrimonio cuya separación se decreta. Invoca la recurrente la errónea apreciación de la prueba en que a su entender ha incurrido el juzgador a quo y la no valoración del informe pericial practicado, razón por la cual solicita la revocación del fallo apelado y el dictado de nueva resolución por la que se conceda la discutida guarda y custodia del menor a la madre, la atribución consiguiente del uso y disfrute de la que fuera vivienda familiar, pensión alimenticia a cargo del padre, así como la administración de bienes para la esposa, o subsidiariamente una guarda y custodia compartida. En apoyo de sus pretensiones, se basa principalmente la recurrente en el resultado de la prueba pericial psicológica que fue practicada en la primera instancia, ratificada por la perito informante y sometida a contradicción en la vista del recurso.

SEGUNDO.- Repetidamente se ha pronunciado esta Sala sobre el principio del "favor filii" que prima en materia de medidas relativas a los hijos, como criterio teleológico de interpretación normativa que obliga a procurar, ante todo, el beneficio o interés de los hijos en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente reconocidos, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores. Se muestra este principio como auténtica pauta de conducta inamovible contenida en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 Nov. 1959, cuyo Preámbulo señala que la Humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle; principio que en el mismo sentido se encuentra recogido tanto en la Constitución Española (*artículo 39*) como en el Código Civil (*artículos 90, 92, 93, 94, 103, 154, 158 y 170*), en la legislación del menor y en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, ya que son los menores los miembros de la familia más necesitados de protección.

A la luz de la anterior doctrina, en el caso que ahora consideramos no encuentra esta Sala razón objetiva alguna que autorice a modificar el criterio sentado en la primera instancia y ello a pesar de la indudable dificultad que ofrece la resolución de este recurso teniendo en cuenta el informe pericial obrante en autos en que se refleja que el menor David presenta el síndrome de **alienación parental** (f. 136,ss).

Ciertamente --y en esto asiste razón a la apelante-- el juzgador a quo no hace mención alguna a la prueba pericial psicológica practicada en primera instancia cuando de la misma se extraen conclusiones relevantes que debieron merecer al menos algún comentario en la sentencia recurrida, pero no por ello el fallo dictado deja de ser, a nuestro juicio, acertado. Para la Sala desde luego han sido especialmente esclarecedoras las explicaciones dadas en la vista del recurso por la psicóloga informante D^a Encarna . La perito, tras detallar en qué consiste el síndrome de **alienación parental** que apreció en el menor al realizar su valoración psicológica y expresar con rotundidad que la capacidad de los menores afectados por el mismo es limitada, concreta que en este caso hubo una transmisión de información inadecuada por parte del padre al menor con la consiguiente influencia negativa para éste en cuanto a las relaciones con su madre, pero afirmó igualmente que además de este factor influyeron otros relevantes, tales como la sensación del propio menor de abandono por parte de la madre tanto en el momento de la separación de sus padres (fue ella quien se marchó del domicilio familiar) como después, por la inconstancia o inasistencia de la madre a las visitas establecidas, que creaban en su hijo determinadas expectativas que luego no se cumplían, todo lo cual, en definitiva, provocó cierto rechazo a la figura materna. No cabe duda que la percepción del menor pudo estar en cierto modo y en un principio condicionada por la información inadecuada que el padre le transmitía tanto sobre las causas de la separación como sobre el procedimiento judicial en curso, pero lo cierto es que la propia psicóloga ha dictaminado que en el momento de su valoración la afectación negativa era leve y que David no expresaba un total rechazo sino reticencias, mostrando disponibilidad para relacionarse con su madre, siendo la inconstancia de ésta con respecto a la comunicación con su hijo, por las razones que fueren, el factor que posteriormente influyó negativamente aumentando el malestar inicial del menor. Por otra parte, no se ha demostrado que la convivencia con su padre le haya resultado perjudicial, aunque la relación padre-hijo, como expresa la perito, sea mejorable; su situación escolar, en principio, no aparece relacionada con el síndrome de **alienación parental** sino todo lo contrario, debiéndose observar al respecto que se trata de un menor adolescente que ha cambiado de

centro educativo y de etapa escolar durante el proceso de separación de sus padres, siendo que en cualquier caso el padre ha actuado en consecuencia.

Con todo, no se cuestiona la capacidad de la madre para cuidar y educar a su hijo pero lo cierto es que las especiales circunstancias de este caso, la voluntad del menor considerada aun con las debidas cautelas y su edad actual --casi 15 años en el acto de la vista, ahora ya cumplidos- no justifican modificar su situación personal en estos momentos; por el contrario, estimamos que cualquier cambio de la misma con la consiguiente imposición de la convivencia con su madre -aunque lo fuere como guarda y custodia compartida, medida excepcional que aquí no se justifica- provocaría en David mayor rechazo y enfrentamientos con ella, más teniendo en cuenta que atraviesa una etapa difícil de por sí -la adolescencia-, lo que resultaría absolutamente indeseable y nefasto para su desarrollo integral.

En definitiva, consideramos que debe mantenerse la atribución de la guarda y custodia al padre y demás medidas derivadas de esta decisión (uso del domicilio familiar, alimentos a cargo de la madre, administración de bienes); pero desde luego ambos progenitores, por el bien de David, deberán procurar un mayor entendimiento en los temas que le afectan, implicándose ambos por igual en su educación, evitando el padre la transmisión de información inadecuada y reforzando la madre sus vínculos afectivos con una mayor continuidad y fluidez en los contactos con su hijo.

TERCERO.- Se impone en congruencia con lo expuesto la desestimación del presente recurso de

apelación con la expresa imposición de costas que determina el *art. 398.1 L.E.C.*

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

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por D./Dña. Amanda , contra la sentencia de fecha 13 de julio de 2004 , dictada por el JDO. 1A.INST.E INSTRUCCION N. 3 de TELDE , la cual CONFIRMAMOS, en su integridad con expresa imposición a los apelantes de las costas de esta alzada.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los lltmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la lltmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.