

Id Cendoj: 28079370242004100372  
Órgano: Audiencia Provincial  
Sede: Madrid  
Sección: 24  
Nº de Recurso: 439/2004  
Nº de Resolución: 628/2004  
Procedimiento: Recurso de apelación  
Ponente: MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 24

MADRID

SENTENCIA: 00628/2004

Rollo: RECURSO DE APELACION 439 /2004

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCION 24ª

Rollo nº: 439/04

Autos nº: 253/03

Procedencia Juzgado 1ª Instancia nº 23 de Madrid

Apelante-demandante: Dª. Susana .

Procuradora: Dª. Mª LOURDES FERNANDEZ-LUNA TAMAYO

Apelante-demandado: D. Jose Luis

Procurador: D. JOSE MANUEL VILLASANTE GARCIA

Ponente: Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

**SENTENCIA Nº 628**

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González

Ilmo. Sr. D. Angel Sánchez Franco

Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ

EN MADRID, A DIECISEIS DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CUATRO.

Vistos y oídos en grado de apelación por la Sección 24ª de esta Audiencia Provincial de

Madrid, los autos de divorcio número 253/03 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia número 23 de

Madrid.

De una, como apelante-demandante, D<sup>a</sup>. Susana

representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup> LOURDES FERNANDEZ-LUNA TAMAYO.

Y de otra, como parte apelante-demandado D. Jose Luis representado

por el Procurador D. JOSE MANUEL VILLASANTE GARCIA.

Siendo parte el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Que en fecha de 5 de febrero de 2004, por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 23 de Madrid, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda de divorcio presentada por el Procurador D<sup>a</sup>. MARIA LOURDES FERNANDEZ-LUNA TAMAYO en representación de D<sup>a</sup>. Susana contra D. Jose Luis , y la reconvenición formulada de adverso debo acordar y acuerdo el divorcio de los indicados esposos y por ello la disolución del matrimonio, sin hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Comuníquese la presente resolución a la Oficina del Registro Civil en que conste la inscripción del matrimonio de los litigantes y el nacimiento de los hijos de éstos.

Que igualmente debía acordar y acordaba lo siguiente:

1º.- La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores de edad de los sujetos del pleito a D<sup>a</sup>. Susana pero ejerciendo conjuntamente ambos la patria potestad sobre aquellos.

2º.- El régimen de visitas para D. Jose Luis éste se realizará en punto de encuentro.

3º.- La asignación del domicilio conyugal así como del mobiliario y ajuar doméstico existente en el mismo a D<sup>a</sup>. Susana que residirá en dicha vivienda en compañía de la prole.

4º.- Por el capítulo de alimentos D. Jose Luis abonará a D<sup>a</sup>. Susana la cantidad fijada en la sentencia de separación debidamente revalorizada.

Además D. Jose Luis abonará a D<sup>a</sup>. Susana la cantidad del 30% correspondiente al Colegio Alemán mientras estén escolarizados en éste colegio.

Los gastos extraordinarios serán abonados al 50% por cada progenitor.

5º.- Como garantía de abono de la prestación dineraria establecida en el apartado precedente, en caso de incumplimiento del demandado se adoptarán las medidas de aseguramiento pertinentes.

6º.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

7º.- No ha lugar a determinar en el presente trámite procesal ninguna otra medida.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo".

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, contra la misma se interpusieron Recursos de Apelación por las representaciones de D<sup>a</sup>. Susana y D. Jose Luis , mediante escritos de fecha 22 y 25 de marzo de 2004 respectivamente, en base a las alegaciones contenidas en los mismos, cuyos SUPPLICO son del tenor literal siguiente: "SUPPLICO AL JUZGADO que teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tener por interpuesto en tiempo y forma RECURSO DE APELACIÓN contra la Sentencia 5 de Febrero de 2004 , remitiendo los autos a la Audiencia Provincial de Madrid para

que ésta dicte sentencia estimando el presente recurso de apelación revocando la sentencia apelada en los extremos que se han especificado en este escrito, declarándola obligación del Sr. Jose Luis de abonar el 50% de los gastos del Colegio Alemán de sus dos hijos con carácter retroactivo desde la fecha de la demanda de divorcio interpuesta por esta parte y con expresa condena en costas a la contraparte si se opusiera a este recurso, por temeridad y mala fe.

Justicia que pido en Madrid, 22 de Marzo de 2.004.

SUPLICO AL JUZGADO: Que, habiendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por interpuesto el RECURSO DE APELACIÓN en su día anunciado contra la sentencia de divorcio de 5 de febrero de 2004 y, previos los trámites legales oportunos, remita los autos a la Audiencia Provincial de Madrid para ante la cual solicitamos se dicte sentencia estimando el recurso, revocando la apelada y acordando

1.- La atribución de la guarda y custodia de los menores al padre, Don Jose Luis .

2.- La fijación del régimen de visitas que se propone en la contestación, a favor de la madre. Caso improbable de que se mantenga la custodia a favor de la madre, se fijará a favor del padre el régimen de visitas que solicita en la contestación-reconvención.

3.- Doña Susana abonará a Don Jose Luis la misma pensión de alimentos para los hijos acordada en sentencia de separación, debidamente actualiza. Para el improbable caso de que se mantenga la custodia a favor de la madre, se establezca que el Sr. Jose Luis abonará en concepto de alimentos para sus hijos la pensión acordada en anterior sentencia de separación, debidamente actualizada, en la que ya se incluyen los gastos de educación, sin tener que pagar aparte porcentaje alguno del gasto del Colegio Alemán.

OTROSI DIGO: Que dado que la pretensión principal de este recurso es el cambio de la guarda y custodia de los menores a favor del padre, y ante las gravísimas circunstancias en que éstos se encuentran (síndrome de **alienación parental** ), al amparo del *art. 158 del Código Civil* .

CUARTO.- Frente a tales pretensiones, las partes presentaron sendos escritos mostrando su oposición por las razones expresadas en sus escrito de fecha 19 y 20 de abril de 2004, a los que en aras de la brevedad nos remitimos y damos aquí por reproducidos.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- A la vista de la problemática familiar que aflora en el presente caso en el proceso y que se ha observado del examen detallado de las actuaciones, coincide esta Sala con la Juzgadora a quo y con el Ministerio Fiscal en considerar no beneficioso a los menores, en el momento actual un cambio de guarda y custodia a favor del padre, pese a la recomendación que se efectúa en el informe psicosocial emitido por el equipo adscrito al Juzgado de origen, lo que nos conduce a la desestimación del primer motivo de recurso de apelación que deduce D. Jose Luis frente a la resolución de instancia, en cuanto confirmó a favor de la madre la guarda y custodia de los hijos comunes.

SEGUNDO.- No obstante ello, por lo que respecta al régimen de visitas y comunicaciones, estimamos que no se advierte justificación alguna a restricciones, que reserva el *art. 94 del Código Civil* a supuestos excepcionales que aquí no concurren, más allá de lo referido por repetido informe psicosocial de 5 de diciembre de 2003 (folios 454 a 469 de autos, a los que nos remitimos y damos aquí por reproducidos), problemática que afecta a los menores y que se ha de procurar superen, más no restringiendo los contactos a los que puedan desarrollarse en el punto de encuentro, sino manteniendo el régimen establecido en sentencia de separación de 21 de julio de 1993 , ahora bien, estableciendo, en aras al bonum filii, y procurando a los menores el mantenimiento de la referencia paterna, un tratamiento psicosocial del núcleo familiar, con especial atención a la relación padre- menores, llevado a cabo por los Servicios Sociales de Zona y supervisado por el equipo psicosocial del Juzgado de origen, y ello en aras a paliar la conflictividad actual de la relación dicha, desarrollándose los contactos en base a las pautas que al respecto aconsejen los técnicos integrantes del equipo psicosocial del Juzgado de origen, que a tal efecto deberán informar mensualmente, con evaluación de la situación que pudiera motivar variación de las visitas, e incluso un cambio futuro de la alternativa de guarda materna; estimando así parcialmente el recurso formulado por la representación procesal de D. Jose Luis .

TERCERO.- Para concluir, ambas partes litigantes combaten el pronunciamiento nº 4º.2 de la sentencia de fecha 5 de febrero de 2004 , que vincula a D. Jose Luis a abonar a Dª. Susana el 30% del gasto del Colegio Alemán en el que están escolarizados los menores, en tanto continúen en el mismo, interesando la demandante se abone tal importe al 50% y con efecto desde la demanda de divorcio - extremo éste último de momento de efectos no solicitado en la instancia -, como interesa el demandado su supresión por entender incluida la cantidad en la pensión alimenticia mensual.

Así las cosas, se considera procedente y ponderada la decisión de la Juzgadora a quo, no advirtiéndose razón para variarla, pues las aducidas por una y otra parte en nada desvirtúan la fundamentación de la resolución recurrida, que es correcta y ajustada al ordenamiento jurídico, así como acorde a las bases de la proporcionalidad doctrinal, legal y jurisprudencialmente establecidas, y habida cuenta la efectiva elección del centro escolar judicialmente ofrecida a la madre, la influencia del padre a que se alude en la resolución disentida, y finalmente, la capacidad económica de ambos progenitores, suficiente a soportar este aporte y en la proporción dicha, máxime cuando los recursos de la madre superan a los del progenitor no custodio.

CUARTO.- Al haberse formulado recurso por ambas partes y ser estimado parcialmente el formulado por la representación de D. Jose Luis , no procede hacer expreso pronunciamiento de condena al pago de las costas que se generen en esta alzada a ninguno de los litigantes, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 398.2 de la L. E. Civil*.

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

### **III.- F A L L A M O S**

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por Dª. Susana , representada por la Procuradora Dª. Mª LOURDES FERNANDEZ-LUNA TAMAYO Y ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso interpuesto por D. Jose Luis , representado por el Procurador D. JOSE MANUEL VILLASANTE GARCIA; contra la sentencia de fecha 5 de febrero de 2004, del Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid , en autos de divorcio número 253/03; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución en el sentido de acordar el mantenimiento del régimen de visitas instaurado en sentencia de separación de los litigantes de fecha 21 de julio de 1993, estableciendo tratamiento psicosocial al núcleo familiar en los términos expresados en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, que damos aquí por reproducido, confirmando en lo restante la sentencia de instancia; todo ello sin expreso pronunciamiento de condena al pago de las costas que se generen en esta alzada a ninguno de los litigantes.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. con expresión de sus derechos a las partes.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de la Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- En el día de la fecha se publica la misma por la Ilma. Sra. Dª. ROSARIO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ. Doy fe.