

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid: revocación de sentencia de divorcio que privó al padre de un régimen de visitas respecto de sus hijos.

Derecho de familia. Divorcio. El Juzgado de Primera Instancia número 24 de Madrid, en un procedimiento de divorcio contencioso seguido a petición de la esposa, atribuyó a ésta la guardia y custodia de los dos hijos menores de edad habidos en el matrimonio, pero no estableció un régimen de visitas respecto del padre. El fundamento de dicha negativa residía en el hecho de que el padre, condenado por sendas faltas de lesiones inferidas a su esposa e hijo menor, tenía prohibido comunicarse y acercarse a éstos durante un período de cinco meses.

Recurrida la Sentencia de divorcio en apelación, la Audiencia Provincial de Madrid, tras acordar la celebración de vista y admitir la práctica de prueba, decidió establecer un régimen de visitas respecto del padre por entender que los problemas que, en el pasado, habían enfrentado a los cónyuges podían entenderse superados y que la reanudación de las relaciones paterno-filiales era una decisión conforme con el interés de los dos hijos menores de edad.

La defensa del padre, en su doble condición de demandado y apelante, fue asumida por este despacho.

Nota: esta Sentencia es accesible al público y puede descargarse libremente en formato pdf desde el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Madrid/documentos de interés/jurisprudencia, Id Cendoj 28079370222005100534).

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID Sección 22ª

Rollo: Recurso de apelación 641/2005

Apelante: Federico

Procurador: GLORIA LLORENTE DE LA TORRE

Abogado: [IGNACIO GONZÁLEZ MENÉNDEZ](#)

Apelado: Josefa

Procurador: ALVARO IGNACIO GARCIA GOMEZ

Abogado: JESUS MARÍA ANDÚJAR URRUTIA

SENTENCIA 767/2005

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. José Angel Chamorro Valdés

Ilma. Sra. Dª Carmen Neira Vázquez

En Madrid, a 25 de noviembre de 2.005.

La Sección 22 de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de divorcio seguidos, bajo el nº 278/2004, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante, Don Federico, representado por la Procurador Doña Gloria Llorente de la Torre y asistido por el Letrado Don [Ignacio González Menéndez](#).

De la otra, como apelada, Doña Josefa, representada por el Procurador Don Alvaro Ignacio García Gómez y defendida por el Letrado Don Jesús María Andújar Urrutia.

Fue igualmente parte el Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Con fecha 29 de noviembre de 2.004 por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de los de Madrid se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Sonia María Casqueiro Alvarez en nombre y representación de Doña Josefa, formulada **contra D. Federico, en situación de rebeldía procesal**, debo declarar y declaro disuelto por DIVORCIO, el matrimonio de ambos cónyuges, adoptando como medidas definitivas las siguientes:

1.- La disolución del matrimonio de ambos cónyuges, cesando la presunción de convivencia conyugal.

2.- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro, y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

3.- La atribución de la guarda y custodia de los hijos menores habidos en el matrimonio a Doña Josefa pero ejerciendo conjuntamente ambos padres la patria potestad sobre aquellos.

4.- No se fija régimen de visitas a favor de D. Federico .

5.- En concepto de pensión alimenticia a favor de los hijos menores, D. Federico deberá entregar a Doña Josefa bajo cuya custodia quedan los menores, la cantidad de 120 € para cada uno de ellos (total 240 €) al mes, que serán pagados dentro de los 5 días de cada mes y en 12 mensualidades al año. Esta pensión se devengará desde la fecha de esta resolución.

Dicha pensión será actualizada a partir del 1º de enero de cada año una vez se publique el índice de precios al consumo por el I.N.E.

Igualmente deberá satisfacer la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los hijos menores, tales como intervenciones quirúrgicas, prótesis, largas enfermedades etc., siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente con él (siempre que sea posible) o sean autorizados por el Juzgado, en caso de discrepancia entre los padres.

Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia, una vez firme, al Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio solicitante, expidiéndose a tal fin el oportuno despacho para la anotación marginal.

Así por esta mi Sentencia, contra la que cabe interponer dentro del quinto día recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, que no suspenderá la eficacia de las medidas acordadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, lo pronuncio, mando y firmo."

En el referido procedimiento se dictó, en fecha 30 de diciembre de 2.004, Auto cuya parte dispositiva dice así:

"Se rectifica el error material sufrido en el fallo de la mencionada resolución y donde dice: "Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Sonia María Casqueiro Alvarez en nombre y representación de Doña Josefa" debe decir: "Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador Don Alvaro Ignacio García Gómez en nombre y representación de Doña Josefa".

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 267.7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial contra el auto que resuelve la aclaración no cabe recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan en su caso contra la resolución a la que se refiere. Así por este Auto, lo acuerda, manda y firma Doña EMELINA SANTANA PAEZ MAGISTRADO-JUEZ del JDO. PRIMERA INSTANCIA Nº 24 de

MADRID."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, previa la oportuna preparación, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de don Federico, 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 el Ministerio Fiscal escrito de oposición**, en tanto que la representación de la representación de doña Josefa dejó transcurrir el término al efecto concedido en total inactividad procesal.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para vista el día 24 de los corrientes. En dicho acto se practicaron las pruebas admitidas, y los Letrados de las partes hicieron cuantos alegatos estimaron pertinentes en apoyo de sus respectivas pretensiones.

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

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Asumiendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, impugna el apelante el relativo a la denegación de las comunicaciones paterno-filiales, al que tacha de incongruente, y solicita de la Sala que, conforme a lo acordado en el auto de medidas provisionales de carácter previo, se establezca que dicho litigante pueda estar en compañía de sus hijos en sábados alternos de 12 a 20 horas, habiendo de recoger y reintegrar a los menores en el Punto de Encuentro más cercano a su domicilio.

En el acto de la vista celebrado ante el Tribunal, la dirección Letrada de la parte apelada mostró su conformidad con la antedicha pretensión revocatoria, lo que fue igualmente postulado directa y personalmente por ambos cónyuges, exponiendo su pleno acuerdo al respecto.

SEGUNDO.- A la vista del planteamiento del recurrente, que invoca la infracción por la sentencia recurrida del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conviene recordar que cualquier decisión judicial afectante a un menor ha de estar presidida, por encima de cualquier otro condicionante sustantivo o procesal, por el interés de dicho sujeto infantil, que ha de prevalecer sobre cualquier otro, aun perfectamente legítimo, que pudiera concurrir, según se dispone en los artículos 2 y 11-2 de la Ley Orgánica 1/1996 y, dentro de la regulación de los procedimientos matrimoniales, en los artículos 90 y 92 del Código Civil.

El Tribunal Supremo, en aplicación de tal principio, mantiene que los tribunales disponen de una amplia libertad para la decisión de las pretensiones al respecto formuladas, hasta el punto de perder el proceso civil en que las mismas se incluyen su natural carácter dispositivo para pasar a ser de derecho necesario, inquisitivo, en aras de un interés superior, jurídicamente más digno de protección que los deseos y conveniencias de los padres, por muy legítimos y comprensibles que éstos sean.

Y se añade que "el tema formal de la congruencia no se concilia plenamente con los superiores intereses que juegan en materia de separación matrimonial, máxime habiendo hijos menores y, como tales, necesitados de protección. La discrecional actuación del Juez en pro de los superiores intereses de los hijos, ya destacada por la legislación precedente, cobra todavía mayor relevancia en el texto actual, informado para todas las situaciones de separación, divorcio y nulidad del matrimonio por el criterio primordial del favor filii" (Sentencia de 2 de mayo de 1983).

En el caso que, por vía del presente recurso, se somete a nuestra consideración, no obstante la conformidad de ambas partes sobre el régimen de visitas propuesto por la actora, según se expone en los escritos rectores del procedimiento, aparecía acreditado, en el curso del mismo, que don Federico fue condenado, mediante sentencia de fecha 23 de mayo de 2003, por sendas faltas de lesiones inferidas a su esposa e hijo menor, prohibiéndosele en dicha resolución comunicar con los mismos y acercarse a ellos durante un período de 5 meses.

Y no habiendo comparecido el Sr. Federico al acto de la vista celebrado en la instancia, podía dudarse fundadamente tanto de su deseo de comunicar con la prole, como de sus aptitudes para asumir responsablemente su cuidado en los periodos en que los menores permanecieran en su compañía.

Por lo cual, el criterio resolutorio plasmado en la resolución impugnada resulta pleno de prudencia y acorde al principio del bonum filii, sin infringir, por lo expuesto, la exigencia procesal que recoge el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

No obstante ello, y a la vista de la prueba practicada en esta alzada, que ha evidenciado la superación de pasados problemas entre los cónyuges, y el pleno acuerdo entre los mismos para que se reanuden los contactos paterno-filiales, respecto de los que, en la actual coyuntura, no se alega, y tampoco se acredita, que pudieran ser perjudiciales, por una u otra causa, para los menores, procede acoger la pretensión revocatoria al efecto articulada.

TERCERO.- Dado el sentido de esta resolución, a tenor de lo antedicho, no ha de hacerse especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada, a de conformidad con lo que previene el artículo 398-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

III.- F A L L A M O S

Que estimando el recurso de apelación formulado por don Federico contra la sentencia dictada, en fecha 29 de noviembre de 2004, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 24 de los de Madrid, en procedimiento de divorcio seguido, bajo el nº 278/2004, entre dicho litigante y doña Josefa, debemos revocar y revocamos el pronunciamiento contenido en el apartado nº 4 de la parte dispositiva de dicha resolución y, en su lugar, acordamos lo siguiente:

- El Sr. Federico podrá tener consigo a los hijos comunes en sábados alternos de 12 a 20 horas, recogiendo y reintegrando a los mismos en el Punto de Encuentro que designe el Juzgado.

Y ello sin perjuicio de lo que el futuro pueda acordarse por las partes, o decidirse judicialmente, a la vista de la evolución de tales relaciones paterno-filiales.

No se hace especial condena en las costas procesales devengadas en la alzada.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma, con sujeción a lo prevenido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha, fué leída y publicada la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández; doy fé