

# EDJ 2010/152244

AP Toledo, sec. 1ª, S 29-6-2010, nº 171/2010, rec. 167/2010  
Pte: Gutiérrez Sánchez-Caro, Manuel

## Resumen

*Frente a la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda y declaró la disolución del matrimonio por divorcio de los litigantes, así como las demás consecuencias inherentes al mismo; la AP confirma el pronunciamiento, al desestimar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada. Sostiene la Sala, entre las diversas cuestiones planteadas, que no puede adoptarse la custodia compartida sobre los hijos comunes de los ahora litigantes, como pretende el padre, manteniendo la custodia otorgada a la madre, al no concurrir los requisitos exigidos legalmente para ello.*

## NORMATIVA ESTUDIADA

LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.  
art.2 , art.9

Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.  
art.9

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
art.39.3

RD de 24 julio 1889. Código Civil  
art.92 , art.97 , art.103.3 , art.143.2 , art.145.1 , art.146 , art.149 , art.154.1

## ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	4

## CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

### MATRIMONIO

#### INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

##### Custodia de los hijos

- Audiencia de los hijos
- Favor "filii"
- Condiciones de vida de los progenitores
- Preferencia por la madre
- Custodia compartida

##### Atribución de la vivienda familiar

- Cónyuge con la custodia de los hijos

##### Pensión compensatoria

- Concepto
- Límite temporal
- Cuantía

##### Pensiones alimenticias a los hijos

- Determinación de la cuantía
- Obligación de ambos cónyuges
- Proporcional a ingresos y necesidades

## FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposa divorciada; Desfavorable a: Esposo divorciado

Procedimiento:Apelación, Divorcio

### Legislación

Aplica art.2, art.9 de LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.  
Aplica art.9 de Instr. Ratif de 30 noviembre 1990. Ratificación de la Convención ONU, sobre los Derechos del Niño.  
Aplica art.39.3 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española  
Aplica art.92, art.97, art.103.3, art.143.2, art.145.1, art.146, art.149, art.154.1 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita Ley 15/2005 de 8 julio 2005. Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 1/1996 de 15 enero 1996. Protección Jurídica Menor, Modificación Parcial del CC y LEC.

Cita art.39.2 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

### Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Custodia de los hijos - Favor "filii" STS Sala 1ª de 12 febrero 1992 (J1992/1295)

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Toledo, con fecha 10 de febrero de 2.009, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice:" Que estimando la demanda presentada a instancia de Dª María Antonieta contra Nicanor, declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por los cónyuges litigantes, con los efectos descritos en los fundamentos jurídicos segundo a sexto de la presente resolución, en concreto: 1) Otorgar la guarda y custodia de los menores a la madre. 2) Respecto del régimen de visitas a favor del padre será diferenciado con cada uno de los menores, así, con Aser y en defecto de acuerdo de los padres será de fines de semana alternos desde las 19 horas del viernes a las 19 horas del domingo, mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, con elección del periodo los años pares la madre y los impares el padre. y con Ezequiel se establecerá un periodo progresivo: una primera fase de seis meses de fines de semana alternos (coincidentes con el hermano) de 12 horas a 19 horas el sábado y domingo sin pernocta, una segunda fase de seis meses de fines de semana alternos sábado de 12 horas al domingo a 19 horas y una tercera fase de adaptación al régimen seguido por el hermano de fines de semana alternos de viernes a domingos con mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano. Las entregas Y recogidas en todos los casos serán en el domicilio de la madre. 3) El domicilio familiar sito en CALLE000 NUM000, debe atribuirse al interés más necesitado de protección, siendo en el presente caso los menores, por lo que su uso se atribuye a los mismos y a la madre por ser la que ostenta la guarda de los mismos. 4) El establecimiento de una pensión alimenticia de 650 euros por hijo, a ingresar por el padre, en los cinco primeros días de mes en la cuenta que al efecto designe la madre, con actualización anual según IPC, con pago del 50% de los gastos extraordinarios. 5) El establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la madre de 500 euros mensuales, con una duración limitada a dos años. Todo ello sin efectuar pronunciamiento sobre costas procesales. Notifíquese la presente sentencia a las partes y firme que sea comuníquese al Sr. Encargado del Registro Civil donde conste el matrimonio de los litigantes".-

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución y por el demandado, dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, y habiéndose solicitado prueba pericial en segunda instancia, fue admitida, practicada y ratificada en el acto de la vista señalada, con contradicción de las partes, con lo que quedaron los autos vistos para deliberación y resolución.-

SE REVOCAN EN PARTE y en la forma que luego se dirá, los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, que habrán de ser completados en la forma que se exprese, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada resolución por la que se acuerda el divorcio de los litigantes, y establece las medidas personales y patrimoniales complementarias, matrimonio con dos hijos, de 11 y 4 años de edad, por ex-esposo se recurre la misma y se muestra su disconformidad en los aspectos que afectan a la guarda y custodia, que se establece a favor de la madre y pretende que se acuerde compartida; a la atribución del domicilio familiar, que la sentencia -siguiendo a las resoluciones judiciales que le han precedido, ya en materia civil o penal-, fija en la CALLE000 núm. NUM000 de Toledo, en tanto que el esposo recurrente que lo fuera en la c/ Navarra, que asevera ser de los padres de su ex-esposa y verdadero domicilio familiar; respecto de la cuantía fijada para alimentos, señalándose en sentencia la de 650 # mensuales para cada hijo (1300 # al mes, revalorizables), se pretende sea rebajada a 400 # al mes para cada uno de sus dos hijos menores; y, finalmente, respecto de la pensión compensatoria (500 # al mes durante el período de dos años), insta su supresión.-

SEGUNDO.- Respecto al primero de los motivos, que afecta a la guarda y custodia, cabe significar que es sabido que el interés de los menores ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el bonnum filii ha sido elevado a principio universal del derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 C.C EDL 1889/1 .) y en general en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE EDL 1978/3879 .) y responde a la nueva configuración de la patria potestad (art. 154.2 C.C EDL 1889/1 .), siendo también la razón por la que la normativa vigente arbitre fórmulas con que garantizar o servir aquel interés, tales como la audiencia de los menores si tuvieran suficiente juicio y preceptivamente si alcanzaron los doce años (art. 92.2 CC EDL 1889/1 .), en relación con los arts. 154.3 y 156.2, C.C EDL 1889/1.), y recabar el dictamen de especialistas (art. 92.5) que puedan colaborar con

el juez en el más acertado discernimiento de las medidas que adopte. Aparte de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero sobre Protección Jurídica del Menor EDL 1996/13744 , donde se proclama en el art. 2º la primacía del interés de los menores sobre cualquier otro interés legítimo, y en el art. 9 el derecho de ser oídos en los procedimientos familiares o de otra índole en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Asimismo, el sentido proteccionista hacia los menores de edad se manifiesta en la Convención sobre el Derecho del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en cuanto que su art. 9º, en relación con el 3º, permite incluso a los Tribunales decretar la separación del niño de sus padres cuando, conforme a la Ley y procedimientos aplicables, tal separación sea necesaria, en el interés superior del niño. Estamos ante una cláusula general, que permite una mayor intervención judicial, y legitima su actuación, justificando su autonomía para solucionar los problemas familiares, buscando en todo momento la solución más idónea para el menor, o, si hemos de concentrarnos en las peculiaridades y circunstancias del caso que ahora enjuiciamos, la menos perjudicial para el mismo y lo más conveniente para el menor (STS. 24 de abril de 2000; 12 de febrero de 1992 EDJ 1992/1295 y 22 de mayo de 1993).

Además, la Ley 15/2005, de 8 de julio EDL 2005/83414 , por la que se modifica el CC. y la LEC. EDL 2000/77463 , en materia de separación y divorcio, que apareció publicada en el BOE núm. 163, de 9 de julio, contiene novedades sustanciales, algunas de ellas controvertidas, en materia de Derecho de Familia, entre las que se encuentra la posibilidad de acordar la custodia compartida, bien los propios cónyuges en el convenio regulador de los efectos de su ruptura, lo cual no es una novedad en absoluto, bien el Juez al tener que resolver en caso de desacuerdo de los cónyuges siempre que sea solicitado por uno de éstos, lo cual tampoco constituye una novedad, pues en efecto ha debido resolver siempre que se le ha solicitado, otra cosa distinta es el contenido de su resolución, que en efecto y en caso de desacuerdo de los cónyuges ha sido siempre desfavorable a su establecimiento, por lo menos por lo que a esta Sala se refiere. En consecuencia, no constituye, pues, novedad real, pero sí lo constituye el que se regule legalmente como forma alternativa de custodia, pues lo cierto es que el Código Civil EDL 1889/1 hasta la fecha sólo conocía de la custodia otorgada de forma exclusiva a uno de los progenitores por lo que esta nueva forma de custodia ha sido creada jurisprudencial y doctrinalmente a partir de las concretas solicitudes de las partes. En todo caso la nueva ley establece la posibilidad de acordar la guarda y custodia compartida sobre los hijos, siempre que se den una serie de requisitos que varían según ésta venga solicitada de común acuerdo por ambos cónyuges o sólo a instancia de uno de ellos. En este sentido, mientras el núm. 5 del art. 92, establece el que el Juez deberá acordarla cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento, en su núm. 8 establece el que aún sin acuerdo, el Juez podrá acordarla a instancia de una de las partes, con carácter excepcional y siempre que se den las siguientes circunstancias: 1ª) Que exista previo informe favorable del Ministerio Fiscal; 2ª) Que la resolución se fundamente en que sólo de esa forma se protege adecuadamente el interés superior del menor; 3ª) De la misma forma que cuando se solicita por ambos cónyuges el Juez antes de acordarla, de oficio o a instancia de parte podrá recabar el dictamen de especialistas acerca de la idoneidad de la medida (art. 92.9). Finalmente se denegará siempre la custodia compartida cuando cualquiera de los cónyuges esté incurso en un proceso penal por haber atentado contra la vida, integridad física, moral o libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Y tampoco procederá cuando el Juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica.

Pues bien, traída tal doctrina al motivo que se analiza, el establecimiento de la custodia compartida debe ser denegado. Sin perjuicio de que el cumplimiento de los requisitos anteriores debe ser acumulativo, de forma que la falta de cualquiera de ello originará el rechazo, el rechazo de la misma será procedente e inexcusable cuando no concurren todos los requeridos. Efectivamente, siendo solicitud de la parte la práctica de pericial en segunda instancia, se llevó a cabo y se sometió a una exhaustiva contradicción, con resultado -a juicio de la Sala-, tan negativo a la suplica del padre como el propio informe psicológico. Al respecto, cabe significar que los niños -el mayor oído por su edad de 11 años-, aunque tienen buena relación con el padre, rechazan su figura por su comportamiento de despego hacía sus hijos, que unánimemente quieren vivir con la madre; no siendo recomendable la custodia compartida en tanto que los comportamientos educacionales de los progenitores son distintos; pareciéndole a la Sala que existe un profundo enfrentamiento entre los progenitores que en nada beneficiaría a los menores. Tal circunstancia fue así apreciada por el Ministerio Fiscal, que si en la oposición al recurso ya venía manteniendo la confirmación a la sentencia, en el trámite de informe tras la vista reiteró tal oposición a la custodia compartida. En definitiva, entiende la Sala que en aplicación del principio del "favor filii" que rige en la materia con preferencia a cualquiera otro, la custodia compartida no beneficiaría el desarrollo integral de los menores, por lo que procede rechazar este motivo.-

SEGUNDO.- Seguidamente, se impugna la atribución del domicilio familiar en la CALLE000 núm. NUM000 de Toledo. La tesis del recurrente es demostrativa de la situación de enfrentamiento a la que se ha hecho alusión más arriba, en cuanto sostiene que el domicilio familiar estaba en la c/ Navarra de Toledo, que dice ser domicilio de los padres de su esposa. Parece no distinguir, con su alegato, lo que constituye la vivienda o domicilio familiar, siendo lo cierto que pretende enmascarar su titularidad, al estar inscrito a nombre de una social, cuando los datos obrantes en autos hablan de su titularidad y su inscripción a distinto nombre por motivos fiscales. Fuera de esa argumentación, lo acreditado en autos es que esa vivienda es la que constituye el domicilio familiar real y es correcta su atribución en beneficio de los hijos, a los que se atribuye hasta que gocen de total independencia económica. En los procesos de crisis matrimonial, dice la S. AP. A Coruña (Sec. 5ª) de 9 de marzo de 1999, se contempla la vivienda, no como un concepto patrimonial, sino como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, independientemente del origen o la titularidad del inmueble substrato de la vivienda, esto es, el concepto de vivienda familiar se enuncia con abstracción de si la misma es propiedad de uno, de ambos cónyuges o de un tercero. Así pues, se valora la finca en tanto que hogar común y no como bien cuya titularidad está vinculada a la parte activa de un patrimonio personal. La determinación de la pertenencia de su derecho de dominio queda para los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial. Por consiguiente, no cabe admitir en este punto ninguna de las dos posibilidades solicitadas en el recurso. No se acoge el motivo.-

TERCERO.- En el siguiente motivo se cuestiona la cuantía de los alimentos. La sentencia de instancia, valorando los ingresos de uno y otro de los cónyuges, y a la vista del haber del obligado -el padre- cuyos ingresos valora, y razonamiento al que la Sala solo debe

añadir, contemplando el recurso de la esposa, que trabajó en el establecimiento, que en estos tipos de negocio, donde se reciben los pagos tanto en metálico como a través de tarjetas de crédito, resulta muy difícil valorar los ingresos reales de este tipo de empresarios al tratarse de empresas esencialmente familiares, y que en cualquier caso superan los declarados; y así las cosas, entiende la Sala que el haber del obligado es bastante para hacer frente holgadamente a la cantidad que se les fija en la instancia, y se comparte la suma fijada, a la vista de que la situación de los hijos (11 y 4 años de edad), no debe ser objeto de variación cuando los ingresos del progenitor obligado son bastantes a cubrir esa necesidad esencial, pues los hijos tienen derecho a que no se varíe su nivel de vida, y a vivir, tras la separación y de ser posible, como es el caso, con los ingresos suficientes para que no perciban modificación en su capacidad económica y de vida.-

Conviene recordar al respecto que la obligación de prestar alimentos a los hijos, con fundamento legal en los arts. 39.3 de la Constitución Española EDL 1978/3879 y 143.2º y 154, párrafo segundo, 1º del Código Civil EDL 1889/1 , es un deber emanado de la patria potestad que corresponde a cada progenitor y no sólo al que vive separado de los hijos. Por otra parte, la cuantía de la prestación alimenticia viene determinada esencialmente por el caudal o medios económicos del deudor y por las necesidades del alimentista (art. 146 CC EDL 1889/1 .), de modo que esta obligación incumbe a ambos progenitores de forma no solidaria sino mancomunada y en proporción a su caudal respectivo (art. 145, párrafo primero, CC EDL 1889/1 .). Sin embargo, en los casos de crisis matrimonial, habrá que valorar también la dedicación personal a los mismos de aquél con el cual conviven (art. 103.3ª, párrafo segundo, en relación con el 149, CC. EDL 1889/1 ). Pues bien, a la vista de los ingresos de la pareja, y tomando en especial consideración que el cónyuge custodio puede "saldar" su deuda con la dedicación personal y directa en el cuidado del menor, la pregunta a responder incide sobre el caudal del obligado y las necesidades de su hijos. El caudal se fija, como en la instancia, alrededor -más/menos- de los 6.000 # mensuales netos, y las necesidades de los hijos, atendido su anterior nivel de vida, no debe variar y devenir "a peor", por lo que se mantiene la misma suma que en la instancia. El motivo se rechaza.-

CUARTO.- El último motivo del recurso cuestiona el establecimiento de la pensión compensatoria a favor de la esposa, que lo fue por cuantía de 500 # al mes y que se extinguiría a los dos años. Parte el motivo de cuestionar, negando, el desequilibrio entre los cónyuges. Examinada la prueba y la valoración que de ella se lleva a cabo en la resolución de instancia, no se aprecia error valorativo. Haciendo nuestro en razonamiento de la sentencia de instancia, debe ser añadido en su ratificación, con cita de de las sentencias de esta Audiencia de de 7 de julio de 2004 y 25 de marzo de 2009, que la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria es híbrida y no participa con exclusividad de un carácter concreto, si bien su nota fundamental y punto de partida es el desequilibrio, según dispone el párrafo 1º del art. 97 del C. Civil, es decir que, en principio, su naturaleza es compensatoria, ya que el desequilibrio económico, entendido como más adelante expondremos, es "condictio iuris" para que nazca tal pensión; sin embargo, la Sala estima que atender exclusivamente al párrafo 1º del citado precepto para determinar la naturaleza de la pensión sería demasiado simplista y quedarnos en el exterior sin profundizar en la finalidad que se ha pretendido alcanzar con esta figura jurídica. Para llegar a esta profundización estimamos imprescindible hacer una interpretación integradora del art. 97 del Código Civil EDL 1889/1 , en el sentido de llevar a cabo una hermenéutica del precepto armonizando el párrafo 1º con las circunstancias que, como "numerus apertus", enumera el mismo, de forma que éstas no sólo jueguen para graduar la pensión sino que puedan incluso eliminarla, en el sentido de graduarla en cero euros, si de su examen se observa que no obstante el desequilibrio económico, el cónyuge desequilibrado no ha sufrido ningún perjuicio con la separación o divorcio del que deba ser resarcido en aras de la justicia y la equidad. La naturaleza será, pues, de carácter indemnizatorio para compensar al cónyuge al que la separación o divorcio produzca un perjuicio que afecte a su jerarquización de nivel de vida en relación con la del otro. En consecuencia la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes o antagónicos sino complementarios, pues la viabilidad de la pensión que estudiamos será preciso en primer lugar una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o divorcio y en segundo lugar que el cónyuge en peor situación tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto en cuestión. De no admitirse esta tesis y abrazar la puramente compensatoria se llegaría a conclusiones de justicia ciega donde la simple celebración del matrimonio daría opción a los cónyuges a solicitar un derecho de nivelación de patrimonios, acaecida la separación, lo que indudablemente, y dado el carácter primordialmente objetivo con que se ha concebido dicha pensión, sería una fuente de uniones matrimoniales guiadas por el interés material del económicamente débil. Desde luego entendemos que la pensión prevista en el art. 97 del C. Civil se distingue claramente del derecho de alimentos, pues éste responde a un criterio de necesidad, siendo su fundamento la indigencia, mientras que aquella está vinculada al concepto perjuicio y es su fundamento la idea de desequilibrio. Si bien ese desequilibrio ha de referirse a la situación que crea la ruptura misma, con independencia de ulteriores situaciones, pues lo que se tiene en cuenta es la situación en que queda uno y otro cónyuge cuando se produce esa ruptura, y ello con sujeción a la enumeración de causas que se fijan en el art. 97 del Código civil EDL 1889/1 a los efectos que se viene examinando; y al cohonestar tal doctrina con lo que aquí acaece, el desequilibrio inicial -a la ruptura del vínculo- es más que patente, al encontrarnos con un matrimonio de unos quince años de duración (entre la convivencia de hecho y la formalización del vínculo), en el que la economía familiar se sustentaba en el negocio familiar de hostelería del demandado-recurrente, habiéndose justificado que la esposa, durante el tiempo de duración de dicho matrimonio se ha dedicado al cuidado de la familia, lo que ha alternado con el trabajo en el negocio, que ha tenido que abandonar como consecuencia de su situación actual de desempleo. Basta con esta sola circunstancia para justificar el desequilibrio, que la sentencia valora adecuadamente fijando a la pensión una temporalidad de dos años, dada la edad de la esposa, de unos 33 años; si bien con corrección interpretativa valora la falta de capacitación profesional de la mujer y la edad de los hijos, cohonestada con los ingresos del esposo que se constatan en autos para fijar su cuantía, que la Sala entiende ponderada en relación al haber del varón, por lo que el pronunciamiento debe ser mantenido. El motivo se rechaza.-

QUINTO.- No procede efectuar especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta segunda instancia, dada la especial naturaleza del procedimiento y en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.-

## FALLO

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D. Nicanor, debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 5 de Toledo, con fecha 10 de febrero de 2.009, en el procedimiento núm. 328/2008, de que dimana este rollo, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en el presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilmo. Sr. Presidente D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ CARO, en audiencia pública. Doy fe.-

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 45168370012010100308