



Roj: SAP GU 99/2012
Id Cendoj: 19130370012012100099
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Guadalajara
Sección: 1
Nº de Recurso: 354/2011
Nº de Resolución: 63/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: MANUEL EDUARDO REGALADO VALDES
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

GUADALAJARA

SENTENCIA: 00063/2012

AUDIENCIA PROVINCIAL DE GUADALAJARA

Sección 001

PASEO FERNANDEZ IPARRAGUIRRE NUM. 10

Tfno.: 949-20.99.00 Fax: 949-23.52.24

ROLLO: RECURSO DE APELACION (LECN) 354/2011

Procedimiento de Origen: DIVORCIO 654/10

Órgano de origen: JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 5 DE GUADALAJARA

APELANTE: Cirilo , Pilar

Procurador: ANTONIO EMILIO VEREDA PALOMINO, MARIA CRUZ GARCÍA GARCÍA

Abogado: IGNACIO ANDARIAS MORIÑIGO, ASUNCIÓN ABAD ZAHONERO

APELADO: MINISTERIO FISCAL

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS

Dª ISABEL SERRANO FRÍAS

D. MANUEL EDUARDO REGALADO VALDÉS

D. JOSE AURELIO NAVARRO GUILLÉN

S E N T E N C I A Nº 58/12

En Guadalajara, a seis de marzo de dos mil doce.

VISTO en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de GUADALAJARA, los Autos de Divorcio nº 654/2010, procedentes del JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 5 DE GUADALAJARA, a los que ha correspondido el Rollo nº 354/2011, en los que aparece como parte apelante-demandante D. Cirilo representado por el Procurador de los tribunales D. JOSÉ EMILIO VEREDA PALOMINO y asistido por el Letrado D. IGNACIO ANDARIAS MORIÑIGO, como parte apelante-demandada Dª Pilar , representada por la Procuradora Dª MARIA CRUZ GARCÍA GARCIA y dirigido por la Letrada Dª ASUNCIÓN ABAD ZAHONERO, y como parte apelada, el MINISTERIO FISCAL, sobre divorcio contencioso, siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL EDUARDO REGALADO VALDÉS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los correspondientes de la sentencia apelada.

SEGUNDO.- En fecha 20 de octubre de 2010, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimo parcialmente la demanda y la reconvencción deducidas por los procuradores Sres. Vereda Palomino y García García, respectivamente, en representación de D. Cirilo y de D^a Pilar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio canónico contraído por ambos cónyuges el día 21 de agosto de 2004 e inscrito en el Registro Civil de Guadalajara.= Acuerdo las siguientes medidas: La patria potestad de los menores Romualdo y Carlos Francisco será ejercitada por ambos progenitores: Fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas, así como los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas y el día del cumpleaños del progenitor y será el padre quien los reintegrará en el domicilio **familiar**.= La mitad de las vacaciones de Semana Santa, Navidad y Verano, desde la finalización del curso escolar hasta su inicio, siempre salvo mejor acuerdo entre los padres, y a falta de consenso la elección del turno vacacional corresponderá al padre en los años pares y a la madre en los impares. En estos periodos la recogida y entrega de los menores se producirá a las 10:00 horas de la mañana y la entrega se efectuará a las 20:00 horas en el domicilio **familiar**, sito en la CALLE000 NUM000 de Junquera de Henares o el que lo sustituya.= Se atribuye el uso de la vivienda **familiar** sita en la CALLE000 n^o NUM000 de Junquera de Henares a D^a Pilar y a los hijos por un periodo de 5 años, contados desde la fecha de la notificación de esta sentencia.= Pensión de alimentos: El Sr. Cirilo abonará la cantidad de 175 euros mensuales por hijo (total 300 euros) y los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% por cada progenitor.= Cantidad que estará sujeta a revisión anual, con efectos desde el mes de enero, según el IPC para el conjunto nacional y será abonada los 5 primeros días de cada mes en la libreta o cuenta bancaria que designe la madre.= Se declara disuelta la sociedad de gananciales.= Todo ello sin imposición a las partes de las costas de esta instancia".

TERCERO.- Notificada dicha resolución a las partes, por la representación de D. Cirilo y D^a Pilar se interpuso recurso de apelación contra la misma; admitido que fue, emplazadas las partes y remitidos los autos a esta Audiencia, se sustanció el recurso por todos sus trámites, llevándose a efecto la deliberación y fallo del mismo el día 6 de marzo de 2012.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales con inclusión del plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se aceptan los igual clase de la resolución apelada, en cuanto no se opongan a los que siguen.

Resumen de antecedentes. Se interpone recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 20 de octubre del año 2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia n^o 5 de esta Capital por ambas partes en litigio. La madre, respecto del particular contenido en la sentencia concerniente a la limitación temporal de la asignación del uso de la vivienda **familiar** por un plazo de cinco años computado desde la notificación de la Sentencia. El padre, en lo relativo a la atribución de la guarda y custodia de los menores a la madre y, consiguientemente, las medidas referentes a la atribución del uso del domicilio **familiar**, régimen de visitas y pensión de alimentos. El Ministerio Fiscal solicita la confirmación de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Recurso de apelación interpuesto por D. Cirilo .

Enunciación del primer motivo del recurso de apelación. Sin formulación específica sostiene el apelante que la madre no se encuentra capacitada para ejercer la guarda y custodia de los niños como lo evidencia la circunstancia de que la custodia de una hija de su anterior matrimonio, fue atribuida al padre. Afirma que utiliza métodos correctores y educativos que incluyen la violencia física y psíquica y por consiguiente reputa conveniente que sea el padre quien se encargue del cuidado de los menores. Corolario del anterior pedimento se presenta la solicitud de asignación del uso de la vivienda **familiar**; régimen de visitas en favor de la madre coincidente con el fijado en la instancia a favor del recurrente, y pensión de alimentos a soportar por la demandada a razón de 175 # por cada niño debiendo satisfacerse por mitad los gastos extraordinarios. Se desestima.

Comenzaremos diciendo en relación con la medida consistente en la custodia de los menores, como ya afirmábamos en nuestra Sentencia de fecha 25 de octubre del año 2007 , que "en la resolución de esta delicada cuestión se ha de partir del principio de favor filii que rige en esta materia y que exige adoptar todas las decisiones relativas a los hijos en beneficio de éstos, incluso aún cuando no hubieran sido expresamente pedidas por las partes, conforme declaran, entre otras, las SSTS 27-1-1998 , 2-5-1983 y en parecida línea STS 17-9-1996 , que declaró que el interés superior del menor es principio inspirador de todo lo relacionado con él, vinculando al Juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos de manera

que han de adoptarse a aquellas medidas que sean más adecuadas, conforme a las circunstancias, según se desprende de la L.O. 1/1996 que recoge el espíritu de las convenciones internacionales que vinculan a España (Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 , ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990); "favor filii" al que también se refiere la STS núm. 327/2001 de 27 de marzo , al señalar que es principio elemental, necesario e indeclinable de cualquier medida atinente a los hijos, como así se consagra en distintos preceptos del CC (arts. 92 , 93 , 94 , 103.1 º, 150 y 170) y, en general, en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que sea el interés de aquéllos el que deba prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus progenitores, siendo el beneficio de los hijos la razón de ser o fundamento de las prescripciones legales; doctrina seguida por esta Sala, entre otras, en sentencias de 6-4-2001 y 4-2-2002 , en las que apuntamos que es el interés y el beneficio del niño el que debe operar como prevalente en toda medida que le afecte, debiendo perseguirse lo que resulte más conveniente para conseguir su desarrollo integral".

El Tribunal Constitucional, en la *STC 176/2008, de 22 diciembre* , señala que "Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el *art. 94 del Código Civil* como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos". Sin embargo, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, "contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el *art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989* y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el *art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992* («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el *art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* («Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»).

El juzgador apoya su pronunciamiento en la prueba pericial. Concretamente en el informe elaborado por D^a. Ángela obrante al folio 136 y siguientes de la causa. Respecto a la valoración de la prueba pericial, existe una notoria doctrina jurisprudencial muy consolidada, SSTS 8 marzo de 2002 (RJ 2002, 2425), 26 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1133), 16 octubre 1998 (RJ 1998, 7564) y 11 de abril de 1998 (RJ 1998, 2387), que dice que por principio general la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorada por el Juez según su prudente arbitrio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, pues ni los anteriores preceptos que regulaban la materia, ni el actual art. 348 LECiv (RCL 2000, 34 y 962 y RCL 2001, 1892), tienen carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos de casación o apelación para acreditar el error de derecho, pues la prueba en general es, repetimos, de libre apreciación por el Juez (SSTS 17 de julio (sic) de 1987 [RJ 1987, 4535], 12 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8441] y 9 de diciembre de 1989 , entre otras). Y es que las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser atendidas como las más elementales directrices de lo lógica, pues el Juez ni siquiera está obligado a sujetarse al dictamen pericial, pudiendo solo impugnarse en el recurso la valoración realizada, si la misma es contraria en sus conclusiones o la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica, (SSTS 13 de febrero 1990 [RJ 1990, 688] y 25 noviembre de 1991 [RJ 1991, 8481]). Asimismo, las SSTS 28 de junio de 1999 (RJ 1999, 4894) y de 15 de julio de 1999 (RJ 1999, 5905), declaran que la valoración de la prueba pericial es de libertad del Juzgador de instancia, por lo tanto, está privada del acceso casacional, y en lo que a nosotros respecta de apelación, y ello solo ocurrirá cuando el Juzgado tergiversare ostensiblemente las conclusiones periciales o falsea de forma arbitraria sus dictados o extraiga deducciones absurdas o ilógicas (SSTS 13-10-96 y 13-7-99). No es tal el caso que revisamos. La perito concluye en su informe: 1.- Que no se han detectado en ninguno de los progenitores problemas psicopatológicos que pudieran incapacitarles para asumir la guarda y custodia de los menores. En el caso de la madre, los antecedentes psicológicos que presenta se refieren a un ánimo deprimido que parece estar vinculado a distocia de pareja. 2.- Que la madre ha sido la principal encargada del

cuidado de los menores desde su nacimiento debido a que el padre pasaba la mayor parte del tiempo fuera del domicilio por motivos laborales. 3.- Que respecto a las alegaciones del padre en cuanto a la existencia de un comportamiento violento hacia los menores por parte de su madre, no se ha podido acreditar la existencia del mismo, aunque sí considera que existen pautas educativas poco adecuadas por parte de ésta, por lo que convendría trabajar con ella en este sentido, independientemente de que la guarda y custodia de los menores sea ejercida por uno u otro de los progenitores. 4.- Que en el momento actual la comunicación parental es nula, por lo que sería recomendable que ambos acudieran a un servicio de mediación que les ayudara a mejorar sus relaciones; aunque dada la negativa manifestada por ambos durante las entrevistas es previsible una falta de colaboración por su parte.

De las aclaraciones realizadas en la vista merece destacarse: 1.- Que las pautas educativas poco adecuadas por parte de la madre a las que hace referencia en su informe, vienen constituidas por haber dado a sus hijos en alguna ocasión un "azote" o "colleja". 2.- Que si hubiera considerado que la madre no estaba capacitada para asumir la custodia de los menores lo hubiera hecho constar en su informe.

Llegados a este punto, tampoco entendemos en esta alzada que concurren circunstancias que hagan aconsejable modificar la situación de hecho que desde el nacimiento de los niños se viene produciendo cual es que su madre se ha ocupado de ellos procediendo, en su consecuencia, la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el padre, también en lo que concierne a los restantes pedimentos en él vertidos por venir ellos anudados a la pretensión principal- guarda y custodia de los hijos-, que como hemos dicho se desestima.

TERCERO.- Recurso de apelación interpuesto por D^a. Pilar .

Enunciación del primer motivo- y único del recurso de apelación. A través del mismo se cuestiona el pronunciamiento de instancia que limita a un período de cinco años desde la notificación de la Sentencia, la atribución a la madre y a los menores del uso y disfrute del domicilio familiar. Se dice por la recurrente que con dicha limitación no se tiene en cuenta el principio del " favor filii " que necesariamente ha de informar la adopción de medidas como la recurrida, y que el juzgador de procedencia ha incurrido en incongruencia " extra petita " al conceder algo que no había sido postulado por ninguna de las partes. Se estima.

Dice la STS de fecha 21 de junio del año 2.011 "Esta Sala ha decidido el caso planteado en este litigio en las SSTS 221/2011, de 1 abril y 236/2011, de 14 de abril . La STS 221/2011, de 1 abril , sentó la siguiente doctrina: la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC , que se ha reiterado en la STS de 236/2011, de 14 abril .

Es por ello, que se reproducen los argumentos de las citadas sentencias, donde se dice que: "El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien".

La sentencia recurrida impone un uso, restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso durante tres años al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene mientras no se haya procedido a la liquidación de la sociedad de gananciales, en cuyo caso se extinguirá; además, se establece en el Fallo que se pasará a aplicar las normas del condominio si llegado el plazo de los tres años, no se ha liquidado aun la sociedad. Y aunque ésta pudiera llegar a ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta el art. 96 CC , porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), que obliga a decidir en interés del menor. Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el art. 96.1 CC .

Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

Por tanto procede aplicar la doctrina sentada en las sentencias citadas que considera que "la atribución del uso de la vivienda **familiar** a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC ".

Desde la precedente doctrina que nos vincula, estimaremos el recurso de apelación en el sentido de atribuir a los menores y a su madre el uso y disfrute de la vivienda **familiar** sin restricción temporal alguna.

CUARTO.- Dada la naturaleza de las presentes y no apreciándose temeridad o mala fe en ninguno de los litigantes, no ha lugar a pronunciamiento en cuanto a costas.

Vistos los preceptos legales citados, y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Cirilo y con estimación del deducido por D^a. Pilar contra la Sentencia de fecha 20 de octubre del año 2.010 dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO CINCO DE GUADALAJARA , debemos revocar y revocamos la resolución recurrida en el único sentido de suprimir la limitación temporal de uso fijada en la instancia respecto de la vivienda **familiar**, confirmando la recurrida en sus restantes pronunciamientos y sin imposición de costas en esta alzada. Restitúyase a D^a. Pilar el depósito constituido para la interposición del recurso de apelación con pérdida, en su caso, del depósito realizado por D. Cirilo .

Cumplidas que sean las diligencias de rigor, con testimonio de esta resolución, remítanse las actuaciones al Juzgado de origen para su conocimiento y ejecución, debiendo acusar recibo.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

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