



Roj: **SAP NA 819/2000 - ECLI:ES:APNA:2000:819**

Id Cendoj: **31201370032000100242**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **3**

Fecha: **28/06/2000**

Nº de Recurso: **32/2000**

Nº de Resolución: **165/2000**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **AURELIO HERMINIO VILA DUPLA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 165/2000

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN JOSÉ GARCÍA PÉREZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. AURELIO VILA DUPLÁ

D. JUAN MANUEL FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

En Pamplona a veintiocho de junio del año dos mil.

Vistos por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se expresan, en grado de apelación, el presente Rollo Civil de Sala nº 32/2000, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Estella, en los autos de Juicio de Separación nº 4/99, siendo partes apelante: a) el demandante D. Luis Francisco , representado por la Procuradora Sra. Apezteguía Elso y defendido por el Letrado Sr. Montero Antoñana; b) la demandada Dña. Andrea , representada por el Procurador Sr. Irigaray Piñeiro y defendida por el Letrado Sr. Leal Grados; parte apelada: el Ministerio Fiscal.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. AURELIO VILA DUPLÁ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se admiten los de la sentencia de instancia.

SEGUNDO: Por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Estella se dictó sentencia de fecha 13 de octubre de 1.999, en los autos de Juicio de Separación nº 4/99, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. Fidalgo Zudaire en nombre y representación de D. Luis Francisco contra su esposa D^a Andrea representada por la Procuradora Oronoz Garde y aceptando igualmente en parte la demanda reconvenicional formulada por la demandada, declaro la separación de ambos cónyuges, con todos los efectos legales sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Comuníquese esta sentencia al Registro civil en que conste la inscripción del matrimonio de los sujetos del pleito.

Igualmente acuerda lo siguiente:

1.- La atribución de la guarda y custodia de la hija menor de edad de los sujetos del pleito a D^a Andrea pero ejerciendo conjuntamente ambos padres la patria potestad sobre aquéllos conforme al art. 156 del CC

2.- Como régimen de visitas a favor de D. Luis Francisco , este podrá estar en compañía de su hija menor de edad Cayetana, cada dos fines de semana alternos, el sábado y el domingo desde las 10 horas hasta las 20 horas de cada uno de estos días, las semanas cuyo fin le correspondan los miércoles desde las 16 horas



hasta las 20 horas, el resto de las semanas los martes y los jueves desde las 16 horas hasta las 20 horas y la mitad de los periodos escolares de la menor desde las 10 horas hasta las 20 horas sin que Cayetana pueda pernoctar con su padre, correspondiendo la elección de los periodos de vacaciones escolares, en caso de no haber acuerdo a la madre los años impares y al padre los pares.

Al alcanzar Cayetana los cuatro años de edad D. Luis Francisco podrá estar en compañía de su hija un fin de semana alterno de cada dos desde las 18 horas del viernes a las 20 horas del domingo, los días entre semana antes señalados con la frecuencia y horario indicado y la mitad de los periodos de vacaciones escolares de la menor pudiendo adelantarse este último régimen de visitas si al alcanzar la niña los tres años de edad así lo aconsejan las circunstancias concurrentes.

3.- La asignación del uso y disfrute del domicilio conyugal sito en la CALLE000 número NUM000 piso NUM001 , así como del mobiliario y ajuar doméstico existente en el mismo, durante un año y medio, desde el 26 de marzo de 1.999, fecha del auto de medidas provisionales, a D^a Andrea que residirá en dicha vivienda en compañía de la hija del matrimonio.

4.- El inventario del mobiliario y ajuar doméstico existente en el domicilio conyugal.

5. - D. Luis Francisco retirará del domicilio conyugal, previo inventario, sus objetos personales y los de su exclusiva pertenencia.

6.- Por el capítulo de alimentos a favor de la hija del matrimonio D. Luis Francisco abonará a D^a Andrea , por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad mensual de 25.000 pesetas, cuya suma pecuniaria será anualmente actualizada según los índices de precios al consumo que fije el Instituto nacional de Estadística.

7.- Como garantía de cumplimiento de las prestaciones dinerarias detalladas en el fallo de esta sentencia, en caso de incumplimiento del obligado al pago se adoptarán las medidas de aseguramiento pertinentes.

8.- La disolución del régimen de separación de bienes existente entre los litigantes.

9.- La determinación de que las restantes medidas inherentes a la situación de estado civil derivada de esta Sentencia, se efectuarán en la fase de ejecución de la presente resolución a instancia de parte".

TERCERO: Contra la indicada sentencia se interpuso en tiempo y forma recursos de apelación por las representaciones procesales del actor y demandada, los cuales fueron admitidos a trámite en ambos efectos, emplazándose a las partes ante este Tribunal, donde comparecieron y previa su instrucción, se señaló el día 14 de marzo del año 2.000 para la celebración de la vista, en cuyo acto comparecieron las partes e informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones.

CUARTO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de separación matrimonial dictada en la instancia, que decretó el cese de la vida en común de los esposos, y determinó las medidas o efectos civiles complementarios a tal situación o estado legal, ha sido objeto de apelación por ambas partes litigantes.

En el primer motivo del recurso interpuesto por la demandada se combate el régimen de visitas fijado a favor del actor, solicitando, por un lado, que el mismo se restrinja, y, por otro lado, se demore la fecha en que la hija menor pueda pernoctar con su padre hasta que cumpla los seis años de edad.

Para fundamentar esta pretensión, tras remitirse a distintas sentencias de Audiencias Provinciales que fijan la pernocta a partir de los cuatro o cinco años de edad, alegó que de la prueba practicada (declaración de los testigos, certificado Proyecto Hombre, testimonio sentencia recaída en juicio de faltas, declaración notarial) se desprendería que el actor es consumidor habitual de cocaína y alcohol, tiene un carácter agresivo y sufre desviación sexual, habiendo "perseguido" a algunas mujeres.

Las medidas a tomar sobre el régimen de visitas han de adoptarse teniendo en cuenta el beneficio de los menores, idea primordial que prevalece sobre el interés de cada progenitor, a veces contrario al del otro en la situación creada por la crisis matrimonial, principio consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos del Código Civil (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158, 170), y en general en cuantas normas o disposiciones regulan cuestiones matrimoniales, paterno-filiales o tutelares, que concuerda con el principio constitucional de protección integral de los hijos (art. 39.2 CE) y la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que alude reiteradamente al interés superior del menor, que primará sobre cualquier otro interés legítimo con



el que entre en conflicto, facultando expresamente el art. 94 CC al juez para limitar el derecho de visita del progenitor que no convive con sus hijos si graves circunstancias así lo aconsejan.

Tras un nuevo examen de la prueba practicada, permitido por el carácter ordinario del recurso de apelación, la Sala considera ajustado a derecho el régimen de visitas fijado en la sentencia apelada, por tener en cuenta el interés de la menor.

Efectivamente, de la prueba practicada tiene especial relevancia el "informe psicológico", que trata de obviar la apelante remitiéndose a distintas sentencias de Audiencias Provinciales, sin tener en cuenta que ha de estarse al caso concreto; y en dicho informe la psicóloga pone de manifiesto que para el desarrollo de la niña es necesario que se relacione con su padre, de manera que la pernocta de la niña en el domicilio del padre favorecerá su relación con éste, "y por eso lo recomiendo a partir de que Cayetana alcance los hitos del desarrollo ya mencionados..."

Es cierto que el art. 94 autoriza al juez a limitar el derecho de visita del progenitor que no tenga consigo los hijos menores, cuando se "dieren graves circunstancias que así lo aconsejen"; pero, como sostiene el juzgador de instancia, no se ha acreditado la concurrencia de dichas circunstancias, ni, en definitiva, que el actor esté incapacitado para cuidar de su hija.

La apelante alega que el actor es consumidor habitual de cocaína y alcohol, tiene un carácter agresivo y sufre desviación sexual, habiendo "perseguido" a algunas mujeres; con independencia de la cautela con la que debe valorarse la prueba ofrecida para acreditar tales hechos, atendida la relación familiar o de amistad que aquélla mantiene con los testigos, ha de resaltarse que en ningún momento se acredita que los mismos incidan negativamente en la relación padre-hija.

Por el contrario, el único motivo del recurso de apelación interpuesto por el actor, solicitando se adelante la fecha en que puede pernoctar con su hija, se acoge teniendo en cuenta que en la actualidad la menor tiene una edad de tres años y tres meses, sin que por otro lado consten circunstancias que aconsejen lo contrario.

SEGUNDO: En el segundo motivo del recurso la demandada combate el pronunciamiento de la sentencia apelada que adjudicó a la menor el uso de la vivienda familiar durante un tiempo determinado; a tal fin alega que el art. 96 CC es un precepto que de manera imperativa concede la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía queden los hijos.

La Sala no comparte este criterio, lo que comporta la desestimación del motivo que ahora se examina por las razones que se pasan a exponer.

Cuando el legislador afronta el problema de la atribución de uso de la vivienda familiar esta pensando, como principio que debe inspirar los criterios de atribución, en "el interés familiar más necesitado de protección", como se desprende del art. 103-2ª CC.

Lo que ocurre es que al abordar dicha medida en el art. 96 presume que ese interés se halla en los hijos del matrimonio e, indirectamente, en el cónyuge al que se confía la guarda de estos, cuando todos los hijos se confían a un solo progenitor.

Ahora bien, al descansar la determinación del art. 96-1 CC sobre una presunción legal, podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar al cónyuge apartado de los hijos, cuando, atendidas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de sus hijos, el más necesitado de protección; y es que puede ocurrir que la guarda y custodia de los hijos se confíen a un progenitor por ser el más adecuado, en atención al "favor filii", pero que, sin embargo este guardador disponga de otra vivienda adecuada a sus necesidades y a la de sus hijos, mientras que el otro progenitor, titular de la vivienda familiar, carece de otra; en tal caso no estaría justificado por el interés de los hijos desposeer al titular de la vivienda del uso de ella.

A idéntica conclusión se llega en el supuesto de que la vivienda se desocupa, precisamente por considerar el cónyuge beneficiario de la medida que el interés general de los hijos queda más servido, residiendo en otro lugar, como es el caso del propio domicilio de los abuelos maternos, que de esta forma prestan una mayor atención y cuidado a los citados al tiempo que a la madre, con la que colaboran y ayudan en la guarda de aquéllos; entonces aquel interés prefigurado teóricamente por la ley como superior deja de existir en la práctica respecto del referido uso de la vivienda, precisamente por no ser necesario, facilitando de esta forma el cumplimiento de otro interés perfectamente compatible con aquel superior, cual el de permitir que sea ocupada por el progenitor cotitular de dicha vivienda, pues este uso es perfectamente compatible con aquel superior interés.

En el caso enjuiciado el juzgador de instancia, tras examinar la prueba practicada, considera que la demandada tiene suficientes medios económicos para procurarse su propio domicilio, por ende desvirtuada la presunción



establecida en el art. 96, lo que justifica la atribución temporal del domicilio conyugal, bien privativo del actor, que abona en la actualidad una cuota mensual de 107.910 pesetas para hacer frente al crédito hipotecario,

Finalmente, en el último motivo de su recurso la demandada solicita se eleve la cuantía de la pensión; en apoyo de su tesis impugnatoria alude a los ingresos brutos obtenidos por el actor con el negocio de carnicería y a su confesión judicial, donde reconoció que sufragaba los gastos corrientes con efectivo detraído de la "caja", sin anotación contable, y haber efectuado préstamos a su cónyuge.

No ponemos en duda que el padre, teniendo en cuenta los ingresos económicos demostrados en este proceso, dispone de suficiente capacidad económica para que se aumente la pensión alimenticia a favor de su hija, pero dada su edad, en este momentos tres años, la cantidad concedida en la sentencia de instancia se ajusta a las necesidades de alimentación y vestido de un niño de su edad en el ambiente social en que se desarrolla.

De conformidad con el artículo 710 LECiv, las costas correspondientes al recurso interpuesto por la demandada se imponen a la misma al desestimarse íntegramente.

FALLO

La Sala acuerda:

a) Desestimar el recurso de apelación interpuestos por la representación procesal de D^a Andrea , contra la sentencia de fecha 13 de octubre de 1999, dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Estella/Lizarrá en el juicio de Separación 4/99.

Se imponen las costas procesales devengadas por su recurso a la demandada.

b) Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis Francisco , en el único sentido de adelantar la vigencia del régimen de visitas fijado en el párrafo 2º del apartado 2 del fallo de la sentencia apelada al día 1 de julio del año 2.000.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas procesales devengadas por el recurso interpuesto por el actor.

Así por esta nuestra Sentencia, la pronunciamos mandamos y firmamos.