

Fecha: 09/05/2011
Marginal: 46250370102011100334
Jurisdicción: Civil
Ponente: JOSE ENRIQUE DE MOTTA GARCIA-ESPAÑA
Origen: Audiencia Provincial de Valencia
Tipo Resolución: Sentencia
Sección: Décima

AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN Xª VALENCIA
ROLLO 275/11
SENTENCIA Nº 344/11

Ilustrísimos Sres.:

Presidente: D. José Enrique de Motta García España

Magistrados: Dª Mª Pilar Manzana Laguarda y D. Carlos Esparza Olcina

En Valencia a 9 de mayo de 2011.

Vistos ante la Sección Décima de la Ilma. Audiencia Provincial, en grado de apelación, los autos de MODIFICACION MEDIDAS nº 693/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia VALENCIA-24, entre partes, de una como demandante-apelante D. Balbino, representado por la Procuradora Dª ALICIA RAMÍREZ GÓMEZ y defendido por el Letrado D. Isidro Niñerola Giménez, y de otra como demandada-apelada Dª Eugenia, representada por la Procuradora Dª Isabel Caudet Valero y defendida por el Letrado D. Darío Marcos San Francisco de Borja.

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Enrique de Motta García España.

Antecedentes de Hecho

PRIMERO.-

En dichos autos por el Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia VALENCIA-24, en fecha 10-11-2010, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que **debo desestimar y desestimo la demanda de modificación de medidas definitivas**, instada por D. Balbino representada por la Procuradora Dª Alicia Ramirez Gómez, contra Dª Eugenia, representada por la Procuradora Dª Isabel Caudet Valero, fijadas en la sentencia dictada en los autos principales de DIVORCIO nº NUM000 de fecha 29-5-2006, seguidos en este Juzgado. Todo ello, sin que proceda hacer una expresa imposición de las costas procesales del presente procedimiento a ninguno de los litigantes. Llévase testimonio de la presente a los autos nº NUM000 De conformidad con lo dispuesto en los artículos 265 y 266 de la Ley Orgánica del Poder Judicial esta Sentencia se anotará en el Libro correspondiente, llevándose testimonio de la misma a los autos originales, y que se notificará a las partes, que contra la misma cabe interponer recurso de **APELACIÓN** ante este Juzgado, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado.

El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de **5 DÍAS**, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451 y 452 de la LECn). Deberá efectuarse la consignación de **50 €** en la CLAVE 02 de la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, BANESTO: 0030; OFICINA: 3305; D.C.: 20; CUENTA DEL JUZGADO 4584- 0000-00- número del procedimiento con 4 dígitos - 2 últimos números del año, según dispone la L. O. 1/2009, de 3 de noviembre, acreditándose dicha consignación, salvo aquellos litigantes que ostenten el beneficio de justicia gratuita.

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.
Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931
Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041
Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

En caso de no efectuarse el depósito será subsanable el defecto en el plazo de **2 DÍAS**, inadmitiéndose a trámite en caso de no subsanarlo.
Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo".

SEGUNDO.-

Contra dicha Sentencia por la representación procesal de D.Balbino se interpuso recurso de apelación, y verificados los oportunos traslados a las demás partes para su oposición al recurso o impugnación a la sentencia se remitieron los autos a esta Secretaría donde se formó el oportuno rollo, señalándose el día de hoy para la deliberación, votación y fallo del recurso, sin celebración de vista.

TERCERO.-

Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

Fundamentos de Derecho

PRIMERO.-

La controversia acerca del uso de la vivienda conyugal lleva consigo el estudio de la finalidad perseguida por el legislador con la atribución del uso de dicha vivienda plasmada en *el artículo 96 del Código Civil , que ha sido, y es, fuente constante de problemas para las partes*, que, muchas veces, se ven abocadas a penurias económicas, al ser imposible su mantenimiento, y a la que sólo se ven abocados por la falta de acuerdo sobre dicho extremo, pese a ser claramente perjudicial para los intereses, a veces, de ambos.

Llama, cuando menos, la atención el que los propios cónyuges puedan válidamente pactar en su convenio la venta de la vivienda por ser más beneficioso para sus propios intereses, sin que ni el Ministerio Fiscal ni el Juzgado opongan la más mínima objeción argumentando que, de esta manera, queda el menor sin vivienda, pues *la pura lógica revela que el que los progenitores decidan vender la hasta entonces vivienda familiar, no supone desprotección alguna para los hijos, y sí, por el contrario, el que todas las partes -progenitores e hijos- van a poder, de esta forma, tener cada uno su propia vivienda*, bien comprada, bien alquilada; en efecto, si bien todas las parejas que se separan ven disminuidas sus recursos económicos, sin embargo la mayor parte de ellas lo ven hasta el punto de no poder seguir manteniendo un nivel de vida, a veces, ni siquiera aceptable o digno, dadas las numerosas deudas a las que, si bien juntos podían hacer frente, ahora resultará prácticamente imposible; siendo la parte más onerosa la correspondiente a la vivienda, lo que *conlleva indagar sobre el verdadero interés del Legislador al plasmar el citado artículo 96 del Código civil* .

SEGUNDO.-

No puede obviarse, como argumento en favor de la interpretación del art. 96 CC que aquí se propugna, el que el propio artículo subordina su aplicación a la falta de acuerdo de los progenitores sobre el uso de la vivienda *"En defecto de acuerdo de los cónyuges"* dice textualmente el Código, de modo que, como antes se decía, en caso de existir acuerdo de los cónyuges sobre el uso o destino de la vivienda familiar, es perfectamente posible atribuir el uso de la vivienda común o privativa al progenitor no custodio, o, inclusive, no atribuir el uso a ninguno a de ellos si hubieren convenido su venta, *siempre que quede debidamente garantizado el que los hijos tendrán una vivienda digna en la que vivirán*.

TERCERO.-

Hace ya tiempo que los que se dedican a esta parte del derecho claman por una urgente necesidad de que se modifique el derecho de uso regulado en el citado artículo 96, pues partiendo de que *debe protegerse siempre de forma prioritaria los intereses del menor*, ello no obsta para que tal derecho quede perfectamente garantizado sin necesidad de mantener a ultranza la atribución del uso de la vivienda al citado menor.

Por ello, en las conclusiones del **IIº Encuentro de Jueces y Abogados de Familia** ya se dijo que el derecho de habitación del menor puede quedar garantizado sin necesidad de hacer atribución del uso del domicilio familiar al menor y al progenitor con el que resida, y en una de las conclusiones del **IIIº Encuentro de Jueces y Abogados de Familia** se mantuvo que la asignación del uso

exclusivo de la vivienda familiar debe contemplarse como un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos, lo que dio lugar a que en el **IVº Encuentro de Jueces y Abogados de Familia** se aprobase la siguiente conclusión en relación con el derecho de uso de la vivienda familiar:

"5ª. a) Se propone la reforma del artículo 96 CC de forma que se proceda a una distribución del uso de la vivienda familiar entre las partes con plazos máximos legales de asignación y posible alternancia en el uso, atendidas las circunstancias, siempre que así se garantice el derecho de los hijos a habitar una vivienda en su entorno habitual.

Dicha regulación debe comprender asimismo la concesión al Juez de amplias facultades para, salvaguardando el referido derecho de los hijos, acordar, en los casos de vivienda familiar de titularidad común de los progenitores, la realización de dicho inmueble, siempre a petición de alguna de las partes, mediante su venta a terceros o adjudicación a una de ellas, en línea con lo establecido en el artículo 43 de Código de Familia de Cataluña.

La venta o adjudicación del inmueble, sede de la vivienda familiar, extinguirá automáticamente el derecho de uso constituido judicialmente.

b) Hasta que se produzca la reforma legal del artículo 96 CC , se acuerda que el mismo sea interpretado de forma que:

-La asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar sea un remedio subsidiario para los casos en que no se pueda garantizar de otro modo el derecho de habitación de los hijos.

-En todo caso, la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar, en los supuestos en que proceda, se haga siempre con carácter temporal.

c) No existe obstáculo para la aprobación de cláusulas contractuales incluidas en el convenio regulador por las que se establezca la extinción del derecho de uso por la convivencia marital del titular del derecho con una tercera persona en el domicilio familiar.

En caso de no haberse pactado en el convenio la extinción del derecho de uso por tal circunstancia, podrá solicitarse y obtenerse dicha medida a través del proceso de modificación de medidas, al considerar que la unidad familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso ha quedado sustancialmente alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose una desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente atribuido".

CUARTO.-

Lo que trata de conseguir el citado artículo 96 es que los menores, caso de separación de sus progenitores, tengan asegurada una vivienda digna en la que habitar con el progenitor custodio, sin que ello implique necesariamente tener que atribuir el uso de la vivienda familiar al hijo menor, al ser perfectamente posible atender a tal derecho elemental proporcionándole otra vivienda, y la prueba evidente de ello lo constituye el hecho de que el Legislador lo condiciona a la falta de acuerdo entre los cónyuges, con lo que resultaría, por lo menos, paradójico e inexplicable, que:

1º los cónyuges, cuando viven juntos sí llevan consigo a los hijos a otra vivienda incluso en otra ciudad o país,

2º que cuando se separan, si así lo estiman pertinente a sus intereses, -a los de ellos, los de los progenitores- vendan la vivienda y cada uno de ellos alquile o compre otra, llevándose consigo el progenitor custodio a sus hijos a la nueva vivienda, y

3º que ello no pueda hacerse por la simple oposición de uno de los cónyuges, normalmente el custodio que sabe tiene a su disposición el uso de la vivienda sin necesidad de alquilar o comprar, pero sin pensar **que muchas veces ello va a suponer una asfixia económica para ambos**, y, en todo caso, siempre, para el no custodio de imposible mantenimiento, lo que debe llevar a buscar soluciones como *atribuir dicho uso por un tiempo limitado*, pasado el cual debe procederse a la venta, e, incluso, a *su venta inmediata* a fin de que de esta forma pueda cada progenitor

Declarada de Utilidad Pública. Ayuntamiento de Madrid.

Registro Autonómico de Asociaciones ciudadanas: 16.931

Registro de Asociaciones Ayuntamiento de Madrid: 02.041

Telf: 649116241

CIF: G-81695025
e-mail: usedimad@gmail.com

acceder a su propia vivienda, garantizándose así también el derecho de los menores a una vivienda cualquiera que sea el progenitor con el que convivan.

QUINTO.-

Ello, *además, hará posible la custodia compartida -cuando la misma sea beneficiosa para los menores-*, pues, puestos a aplicar la rigidez de la norma del citado artículo 96, en los casos de custodia compartida, como quiera que el uso de la vivienda es para los menores, en puridad habría que atribuir el uso de la vivienda conyugal a los hijos y a los progenitores de forma alterna en los períodos en que ostentasen la custodia, con lo cual:

1º sería, seguro, fuente de conflictos y

2º cada cónyuge, para los períodos de tiempo en que no fuese el custodio, tendría que tener otra vivienda, con lo cual serían 3, nada menos, las viviendas que habrían que tener dichos progenitores.

Ello no es, ni puede ser, lo querido por el Legislador, por lo que esta Sala estima que carece de la más pura lógica la aplicación e interpretación rígida de dicho precepto y en consecuencia estima debe limitarse el uso de la vivienda familiar cuando concurran justas causas que así lo aconsejen, cual acontece en el caso de autos;

En efecto, si bien es verdad que por sentencia de fecha 12-7-2005 se atribuyó el uso de la vivienda familiar a los hijos del matrimonio así como a la madre al atribuírsele a la misma la custodia de los mismos, y así se mantuvo tanto en la sentencia de divorcio de fecha 29-5-2006, como en la dictada por esta Sala en 11-1-2007, no es menos cierto que *en la actualidad la esposa ha formado una nueva familia, al haberse casado con otra persona con la que tiene un hijo*, con lo que la primitiva vivienda familiar ha pasado a ser también vivienda familiar de su nueva familia, *perdiendo así, en parte, su antiguo carácter de vivienda familiar*, lo que unido al tiempo transcurrido desde la fecha de la sentencia de separación así como el amplio régimen de visitas, que casi supone una custodia compartida, hace que *la Sala limite el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y en todo caso por un plazo máximo de 2 años a contar de la fecha de la sentencia de la instancia*, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias.

Fallo

Declaramos haber lugar al recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Alicia Ramírez Gómez en representación de Don Balbino contra la sentencia de fecha 10-11-2010 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Valencia cuya *resolución revocamos* en el sentido de *estimar la demanda de modificación de medidas interpuesta* por dicha Procuradora y *limitar el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y en todo caso por un plazo máximo de 2 años* a contar de la fecha de la sentencia de la instancia, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias.

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

PUBLICACIÓN.-

Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Décima de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.

**El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial.
Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.**