

Roj: STS 3056/2012

Id Cendoj: 28079110012012100291

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 84/2011

Nº de Resolución: 262/2012

Procedimiento: Casación

Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Abril de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, por **D. Luciano**, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Luis Torres Beltrán contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 28 de septiembre de 2010, en el rollo de apelación nº 173/2010, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Velez Málaga, en los autos de juicio de **divorcio** nº 131/09. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D. Luciano, personándose en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de Dª Marí Trini, se personó en calidad de parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Velez-Málaga interpuso demanda de **divorcio** el procurador Don José Antonio Aranda Alarcón, en nombre y representación de Dª Marí Trini, contra D. Luciano, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando: "... dicte sentencia acordando:

1. La disolución del matrimonio por **divorcio** y notificando la sentencia, una vez firme, el Registro Civil.
2. Se acuerde la revocación de los poderes que hayan podido otorgarse dichos cónyuges.
3. Se atribuya a mi mandante la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, con titularidad compartida de la patria potestad, fijándose para el padre el siguiente régimen de visitas:

El padre podrá comunicar con sus hijos menores un fin de semana de cada dos, desde las 18 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo. Las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano, se dividirán en dos períodos de igual duración, de los cuales los hijos permanecerán con la madre en uno de estos periodos, y con el padre durante el otro, eligiendo en caso de discrepancia la madre los años impares y el padre los años pares. Los hijos se recogerán y entregarán al domicilio conyugal, como máximo, en las horas fijadas, y a las diez de la mañana del primer día de los periodos más largos para la entrega y las veintiuna horas del último día para la devolución en tales periodos. Todo ello se llevará a cabo dentro de criterios de flexibilidad y atendiendo siempre prioritariamente al interés de los menores. Los turnos para las estancias de Navidad, Semana Santa y verano podrán ser alterados por pacto expreso de ambos progenitores.

4. Se atribuya a mi mandante y a los hijos del matrimonio el uso y disfrute de la vivienda conyugal, pudiendo el esposo retirar sus efectos personales, bajo inventario.

5. Se fije como pensión alimenticia a satisfacer por el marido demandado la suma de 600 euros mensuales, correspondiendo 300 euros a cada hijo, a satisfacer por mensualidades anticipadas, dentro de los cinco primeros días de cada una de ellas, en la cuenta que se designe, cantidad que será actualizada cada año conforme al IPC.

6. Se fije como pensión compensatoria a favor de D^a. Marí Trini , a satisfacer por el esposo la suma de 300 euros mensuales, que se incrementará conforme al IPC a partir del uno de enero de cada año o con las variaciones que experimente el otro cónyuge.

7. Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda".

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Luciano , los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... y tras los trámites pertinentes, se nos tenga por allanados en cuanto a:

1. La solicitud de **divorcio**.

2. Revocación de poderes.

3. La patria potestad compartida por ambos progenitores, quedando la guardia y custodia de las menores en compañía de D^a Marí Trini . También al régimen de visitas solicitadas por la parte contraria, y solicitando se les tenga por opuestos a lo solicitado en la demanda en cuanto:

4. Sólo se atribuya la planta alta a los menores que quedan en compañía de su madre y la planta baja y el sótano se le atribuirá a mi mandante, comprometiéndose mi mandante a separar ambas plantas, para que tengan accesos independientes.

5. La cantidad solicitada de contrario como contraprestación en concepto de pensión alimenticia a favor de las menores, debiéndose fijar en su caso la cantidad de quinientos euros mensuales (500.- euros), DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS (250.- euros) por hijo, actualizable conforme al IPC anual desde su establecimiento, además mi mandante deberá contribuir con el 50% de los gastos extraordinarios no cubiertos por la Seguridad Social u otro organismo público.

6. La Pensión compensatoria, por la no procedencia de la misma.

7. Todo ello sin expresa imposición de costas judiciales a ninguna de las dos partes".

El Ministerio Fiscal presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... tenga por contestada la demanda en tiempo y forma y por personado a éste Ministerio, y en su día, previa la celebración de la vistas prevista en el art. 770 y realización de las pruebas que se interesan en la misma, dicte Sentencia de conformidad con el resultado de las mismas".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes a la celebración del oportuno Juicio Verbal, el que tuvo lugar en el día y hora señalados, asistiendo las partes y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las mismas fue previamente declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Vélez-Málaga, dictó sentencia con fecha 30 de junio de dos mil nueve , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO:" Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. José Aranda Alarcón, en nombre y representación de D^a Marí Trini contra D. Luciano debo DECLARAR Y DECLARO disuelto por causa de **DIVORCIO** el matrimonio celebrado entre los litigantes en fecha 22 de agosto de 1999, aprobando las siguientes medidas reguladoras de sus efectos:

PRIMERO. Se atribuye a la madre la guarda y custodia de los hijos menores, conservando ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad.

SEGUNDO. A falta de acuerdo entre los progenitores, se establece el siguiente régimen de visitas a favor del padre:

- Fines de semana alternos desde las 18 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo.

- La mitad de las vacaciones de verano, Navidad, Semana Santa, Semana Blanca, eligiendo el padre los años pares y la madre los impares, debiendo recoger el padre a sus hijos en el domicilio familiar a las diez de la mañana del primer día del periodo y reintegrarlos a las veintiuna horas del último día.

Los hijos se recogerán y entregarán por regla general en el domicilio familiar, si bien ambas partes manifiestan su voluntad de actuar dentro de criterios de flexibilidad y atendiendo siempre prioritariamente al interés de los menores.

TERCERO. Se fija la cantidad de QUINIENTOS CINCUENTA euros, que deberá abonar el padre para ALIMENTOS de sus hijos (275 euros por cada uno), dentro de los cinco primeros días de cada mes en la

cuenta corriente que designe la madre, cantidad que se actualizará anualmente conforme a la variación de los índices del I.P.C. que publique el I.N.E. y organismo que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios que tengan su origen en la hija menor serán satisfechos en la forma siguiente:

a) Los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniéndolo lúdico o académico hubiera sido acordada su realización por ambos progenitores o, en su defecto, hubieran sido autorizados judicialmente, por mitad por partes iguales.

b) Los que tengan un origen lúdico o académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o con la autorización judicial supletoria, por aquél que determine su realización.

Los gastos reclamados deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe, y en su caso, a su devengo.

CUARTO. Se atribuye a la madre el uso y disfrute de la planta alta del domicilio familiar y al padre la planta baja y sótano, pudiendo este último retirar sus efectos personales del domicilio familiar, previo inventario. El demandado Luciano deberá costear todas las obras necesarias para independizar ambas plantas.

Estas medidas sólo podrán ser modificadas por medio de acuerdo o, si se modifican sustancialmente las circunstancias, por medio de resolución judicial.

Todo ello sin expresa imposición en cuanto a las costas procesales causadas".

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la parte demandante, D^a Marí Trini . Sustanciada la apelación, la Sección 6^a de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 28 de septiembre de dos mil diez , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: "Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador D. José Antonio Aranda Alarcón en nombre y representación de D^a Marí Trini contra la sentencia dictada el treinta de Junio de 2009 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Vélez-Málaga en el procedimiento de **divorcio** nº 131/09 , debemos revocar y revocamos la medida de dividir materialmente la vivienda familiar acordando en su lugar la atribución del uso y disfrute de la misma en su integridad a los hijos menores del matrimonio y a la recurrente como progenitor que ostenta la guarda y custodia de los mismos, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos, y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta alzada".*

TERCERO .- Anunciado recurso de casación por interés casacional por D. Luciano , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por el Procurador de los Tribunales, D. José Luis Torres Beltrán, interpuso el referido recurso, articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Interés Casacional del artículo 477.2.3º LEC , por entender que existe Jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en relación a la posibilidad de acordar la división material del domicilio conyugal, en base a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil .

A) Existencia de un primer criterio jurisprudencial, expuesto por las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en sus sentencias 501/2002 de 19 de julio y sentencia 729/200 de 16 de septiembre de 2000 .

Criterio mantenido por la Audiencia Provincial de las Palmas en sus sentencias de 27 de julio de 1998, rollo de apelación nº 198/1998 y sentencia nº 366/2008, sección 3ª de 29 de mayo de 2008, recurso 111/2008. Corroborado por otras sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia (sección 5ª), número 342/2003 de 20 de noviembre , y sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, de 5 de abril de 2001, recurso 2003/2000 .

B) Segundo criterio jurisprudencial, expuesto por otras Audiencias Provinciales por la que sí se admitiría la división material de la vivienda conyugal o familiar, al entender que conforme a lo dispuesto en el art. 96 del Código Civil sí se puede adoptar esta medida, siempre y cuando, se acredite que esa división es posible y útil por reunir las condiciones de habitabilidad las viviendas resultantes, y además no exista una relación conflictiva entre los litigantes.

Segundo.- Las sentencias indicadas como favorables a la petición del recurrente indican que los requisitos que se deben acreditar son tres: 1) que sea posible la división desde el punto de vista material, 2) que las unidades resultantes tengan condiciones de habitabilidad y puedan satisfacer las necesidades de sus ocupantes, 3) Inexistencia de conflictividad en las relaciones de los cónyuges.

Por resolución de fecha 4 de enero de 2011, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Recibidos los autos y formado el presente rollo, se personó el Procurador D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y representación de D. Luciano , personándose en calidad de parte recurrente. El Procurador D. Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de D^a Marí Trini , se personó en calidad de parte recurrida. Es parte el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de fecha 18 de octubre de 2011 y dado traslado a la parte recurrida D^a Marí Trini , para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días, el procurador don Victorio Venturini Medina, en nombre y representación de D^a Marí Trini presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO.- Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintinueve de marzo de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Hechos relevantes para el presente recurso de casación.

1º D^a Marí Trini y D. Luciano se casaron en 1999. Tuvieron dos hijos, menores de edad en el momento de la presentación de la demanda. Su régimen económico matrimonial fue el de bienes gananciales.

2º Los cónyuges tenían su domicilio conyugal en una casa adquirida por el marido D. Luciano , antes de contraer matrimonio.

3º D^a Marí Trini presentó demanda de **divorcio** en 2009, en la que pidió la guarda y custodia de los hijos, con un régimen de visitas del padre, la atribución del uso de la vivienda conyugal, los alimentos de los hijos y una pensión compensatoria.

D. Luciano se opuso en parte a la demanda y señaló que en la planta baja de la casa tenía su taller y pidió que se le reservase el derecho de uso de esta parte del inmueble, para instalar allí su vivienda. Esta es la única cuestión que es objeto del recurso de casación.

4º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia e instrucción nº 3 de Vélez Málaga, de 30 junio 2009 , estimó en parte la demanda. En lo relativo a la atribución del uso de la vivienda y la partición de la casa, la sentencia decidió que *"se atribuye a la madre el uso y disfrute de la planta alta del domicilio familiar y al padre la planta baja y sótano [...]. El demandado Luciano deberá costear todas las obras necesarias para independizar ambas plantas"*.

5º Recurrió en apelación D^a Marí Trini . La SAP de Málaga, sección 6ª, de 28 septiembre 2010 , revocó lo relativo a la división de la vivienda. Argumentó lo siguiente: (a) el Art. 96 CC se limita al inmueble que constituye la vivienda familiar con la finalidad de satisfacer las finalidades de alojamiento de los hijos y debe aplicarse en este proceso; (b) la solución consistente en la división material en dos viviendas *"carece de amparo en el citado precepto"* ; (c) si la vivienda familiar se divide *"[...] ya no se trataría de vivienda familiar sino de otra u otras distintas"* , y (d) ello podría constituir un *"[...] ataque a la intimidad y a la dignidad de las personas que supondría seguir habitando los ex cónyuges divorciados en el mismo inmueble en el que han habitado juntos diez años simplemente separándolos un tabique"*.

6º Recurre en casación D. Luciano . Fue admitido a trámite por el ATS 18 octubre 2011 .

Figura el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso. Figura también el escrito de oposición.

SEGUNDO. El recurso se interpone por presentar interés casacional, al amparo del art. 477, 2 , 3 LEC , por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales en relación a la posibilidad de acordar la división material del domicilio conyugal, en base a lo dispuesto en el art. 96 CC .

Antes de entrar a examinar los argumentos del recurso de casación, la Sala debe plantearse la concurrencia de interés casacional, ya que las sentencias de contraste que el recurrente aporta no se refieren exactamente al caso planteado, sino que resuelven casos en que se pide la partición de la vivienda habitual que tiene naturaleza de bien ganancial y ello antes de la liquidación de la sociedad conyugal. A pesar de ello, esta Sala entiende que dicho interés casacional concurre, aplicando las reglas contenidas en las SSTS 976/2008, de 31 octubre y 717/2011, de 27/octubre. La primera de las sentencias citadas dice que *"[...]de circunscribir la "cognitio" del Tribunal en el tema de infracción de doctrina jurisprudencial a un mero juicio de contraste respecto de las sentencias citadas por la parte, (y sin menoscabo de que esta alegación es una exigencia formal insoslayable para la parte recurrente), se excluiría la posibilidad de que el Tribunal pudiera aplicar la doctrina jurisprudencial actual, o, lo que es peor, la posibilidad de crear o cambiar la jurisprudencia"*

adecuada al caso, contradictoria o no con la invocada, con lo que, en las materias en las que el tipo de proceso se determina en atención a las mismas, se cercenaría prácticamente la evolución de la jurisprudencia y se cosificaría la normativa legal, lo que no tiene apoyo alguno en la previsión legislativa, ni coincide con el criterio interpretativo racional que procede mantener en la materia". Ello coincide con el Acuerdo de la Sala 1ª, de 30 diciembre 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y los recursos extraordinarios por infracción procesal, donde se dice que *"cuando a criterio de la Sala 1ª del TS, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación al problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia"* podrá admitirse un recurso de casación en la modalidad del interés casacional.

Esta es la situación que plantea el presente recurso por las siguientes razones:

1ª Porque se produce una situación de analogía, ya que aunque no se trata en el presente supuesto de bienes gananciales, se trata también de una partición material de un inmueble en que se ha establecido la residencia familiar.

2ª Son aplicables a los procesos matrimoniales las mismas reglas del recurso de casación. Sin embargo, los especiales intereses protegidos permiten una interpretación más amplia de las normas que explican y dan sentido al concepto de interés casacional.

Todas estas razones llevan a estimar la concurrencia de interés casacional, que consiste en determinar si puede distribuirse físicamente un inmueble propiedad del marido para adecuar la vivienda familiar en una parte del mismo.

TERCERO. El recurso se divide en dos motivos que se van a examinar conjuntamente.

El primer motivo pone de relieve la existencia de dos corrientes de interpretación del supuesto de división material y adjudicación de la vivienda familiar puesto que el procedimiento matrimonial no es el marco adecuado para dilucidar la división material y adjudicación de los diferentes componentes de la vivienda familiar (SSAP Sta. Cruz de Tenerife 501/2002, de 129 julio y 729/2000, de 16 septiembre y SSAP de Las Palmas 198/1998, de 27 julio y 366/2008 de 29 mayo; SAP Murcia 342/2003, de 20 noviembre y Madrid 5 abril 2001). Un segundo criterio jurisprudencial admite la división material de la vivienda al amparo del Art. 96 CC , siempre que se acredite que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad y no exista relación conflictiva entre los interesados. (SSAP Sevilla 26/2008, de 31 enero ; 68/2000, de 3 febrero ; SAP Madrid, 549/2010, de 26 julio ; Alicante, 648/2003, de 20 noviembre , y Albacete, 20 octubre 2008).

El segundo motivo dice que las sentencias indicadas como favorables a la petición del recurrente indican que los requisitos que se deben acreditar son tres: que sea posible la división desde el punto de vista material; que las unidades resultantes tengan condiciones de habitabilidad y que no exista conflictividad entre los cónyuges, requisitos que concurren en el presente supuesto.

Los motivos primero y segundo se estiman.

La cuestión se centra en el debate acerca de la división de un inmueble de tres plantas, con el fin de destinar una parte del mismo a la habitación de su propietario exclusivo, el marido, y la otra parte, al mantenimiento del domicilio familiar.

Esta Sala ha reiterado que la disposición del Art. 96 CC en relación a la atribución del uso del domicilio a los hijos comunes y al cónyuge que ostente su guarda y custodia, está establecida para proteger el interés de los menores, no en interés de ninguno de los cónyuges mientras los niños sean menores de edad (SSTS 451/2011, de 21 junio ; 236/2011, de 14 abril y 861/2009, de 18 enero , entre otras). De este modo, la división de un inmueble a los efectos que se pretenden en el presente litigio, tiene como único límite esta protección.

Sin embargo, el Art. 96 CC no resulta suficiente, en el plano objetivo, para resolver el conflicto planteado, sino que a través de la interpretación adecuada de las normas de acuerdo con la realidad del tiempo en que deben ser aplicadas, debe decidirse si existen intereses contrapuestos. Señala el Ministerio Fiscal con acierto que las sentencias de contraste citadas no acuerdan la división de la vivienda sin más, sino que tienen en cuenta las circunstancias a las que se ha aludido antes y que se dan en este caso, lo que no ha sido tenido en cuenta en la sentencia recurrida.

Un nuevo argumento lo proporciona el hecho de que el inmueble donde se halla ubicada la vivienda familiar es propiedad exclusiva del marido y que la propuesta división no es tal, sino una redistribución de espacios en el inmueble que no altera su régimen, pero permite obtener una funcionalidad adecuada para

satisfacer los intereses presentes en este caso, ya que al ser posible esta nueva distribución, se protege el interés de los hijos menores y el del propio marido, ya que no puede privarse del uso y disfrute de la propiedad a quien es su titular, sin vulnerar sus derechos reconocidos tanto en el Art. 33 CE , que reconoce el derecho de propiedad privada a nivel constitucional, como en el art. 47 CE , que consagra el derecho de los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

CUARTO. Consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina jurisprudencial: cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC , es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.

QUINTO. La estimación de los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Luciano contra la SAP de Málaga, sección 6ª, de 28 septiembre 2010 , determina la de su recurso.

En consecuencia, se casa y anula la sentencia recurrida y asumiendo esta Sala funciones de instancia, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 3 de Vélez Málaga, de 30 junio 2009 , en la parte relativa a la atribución a los hijos y al progenitor custodio de la planta primera del inmueble propiedad del marido como vivienda familiar, manteniendo el progenitor no custodio el uso del resto de su propiedad. Los gastos serán de cuenta del recurrente.

Según lo establecido en el art. 398.2 LEC , no procede imponer las costas del recurso a ninguno de los litigantes.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Luciano , contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 28 septiembre 2010, dictada en el rollo de apelación nº 173/10 .

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar, se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 3 de Vélez Málaga, de 30 junio 2009 .

4º Se formula la siguiente doctrina: cabe la división material de un inmueble en el procedimiento matrimonial, cuando ello sea lo más adecuado para el cumplimiento del art. 96 CC , es decir, la protección del interés del menor y siempre que la división es posible y útil por reunir las viviendas resultantes las condiciones de habitabilidad.

5º No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

6º No se imponen a ninguna de las partes las costas de la 1ª instancia ni las de la apelación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel .- Encarnacion Roca Trias .-Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.