

Roj: STS 5003/2013

Id Cendoj: 28079110012013100561

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 3144/2012

Nº de Resolución: 622/2013

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Octubre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la **Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid**, como consecuencia de autos de juicio de divorcio 221/2011, seguidos ante **el Juzgado de Violencia de Género número uno de Valladolid**, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Victoria , el procurador don Miguel Angel del Alamo García manifestando su adhesión respecto del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Susana Gómez Castaño, en nombre y representación de don Pelayo . Siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Ana Teresa Cuesta de Diego, en nombre y representación de doña Victoria interpuso demanda de juicio de divorcio, contra y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se llegue a dictar sentencia en la que, estimándose lo expresado en esta demanda, se disponga lo siguiente:

1- Decretar el divorcio del matrimonio formado por mi mandante y D. Pelayo , con disolución de la Sociedad legal de gananciales

2.- Establecer la patria potestad del hijo menor del matrimonio, Jose María de modo compartido a ambos progenitores, **atribuyendo la guarda y custodia a la madre**, doña Victoria y estableciendo el siguiente régimen de visitas para el padre:

a.- Hasta que el menor cumpla los dos año y medio de edad:

- El padre disfrutará de la compañía de su hijo los sábados y domingos alternos, sin pernocta, desde las 11:00 h hasta las 20:00, con recogidas y entregas del menor en el domicilio materno.

- En las vacaciones de Navidad, el menor podrá pernoctar en el domicilio paterno el día de Nochebuena o en Nochevieja, según le corresponda, realizándose la entrega a las 18:00 h del día de Navidad o de Año Nuevo Estas visitas se prolongarán hasta que el menor alcance una edad más avanzada, en concreto hasta cumplidos los tres años de edad, momento en que las visitas se realizarán con pernocta y el horario será desde las 18.00 horas del viernes hasta las 2 1.30 del domingo.

b.- A partir de que el menor cumpla los dos años y medio de edad:

- El padre disfrutará de la compañía de su hijo los fines de semana alternos, desde las 10:00 h hasta las 20:30, con recogidas y entregas del menor en el domicilio materno.

- En vacaciones las correspondientes a Semana Santa y Navidad se dividirán por mitad, en atención al calendario escolar del menor. La elección la tomará los años impares la madre, y los pares el padre, en caso de existir discrepancia entre ellos y siempre comunicándolo con la suficiente antelación

- Durante el período de Vacaciones de verano, correspondiente a los meses de julio y agosto, el menor estará con su padre un mes, bien en julio o en agosto dividido en dos periodos de 15 días no consecutivos.

En caso de desacuerdo, la madre elegirá los años impares Y el padre los pares, también preavisado con suficiente antelación.

3.- Atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar situada en la PLAZA000 número NUM000 , NUM001 NUM002 , al hijo del matrimonio y a la madre custodia. Será ella quién se haga cargo de los gastos corrientes de la casa.

El coste del préstamo hipotecario, así como del Impuesto de Bienes Inmuebles, derramas, comunidad de propietarios y el resto de gastos relativos a la propiedad de la vivienda, deberá ser abonado por el demandado, al tratarse de un bien privativo del mismo.

4.- Establecer la cuantía de la pensión de alimentos en 450,00# mensuales a favor del hijo del matrimonio y a cargo del padre no custodio, que se ingresará en los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la esposa y se actualizará conforme a las variaciones que experimente el IPC.

Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad entre ambos progenitores teniendo el carácter de tales los gastos médicos o quirúrgicos necesarios no cubiertos por seguro, incluidos los gastos en cremas especiales que el menor necesita para la piel, las matrículas, los libros de texto, uniformes y las actividades educativas de carácter no ordinario previamente consensuadas por ambos progenitores.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y termino suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Ana Isabel Fernandez Marcos, en nombre y representación de don Pelayo , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se decreta la disolución de matrimonio divorcio entre doña Victoria y don Pelayo , acordando además las siguientes medidas definitivas en la sentencia de divorcio: ales oportunos, entre los que se encuentra el recibimiento del 1 pleito a prueba y la celebración de vista, dicte en su día Sentencia por cual se decrete la disolución del matrimonio por divorcio entre Doña Victoria y Don Pelayo , acordando además las siguientes medidas definitivas en la sentencia de divorcio:

1º) La Disolución por Divorcio del matrimonio contraído por Doña Victoria y Don Pelayo .

2º) Establecer la Patria Potestad de Jose María a ambos progenitores de modo compartido.

3º) Atribución de la Guardia y Custodia del hijo menor a la madre doña Victoria , estableciendo el siguiente régimen de visitas para el padre don Pelayo :

El niño pasará con su padre los fines de semana alternos desde el viernes a las 17 horas hasta el domingo a las 20:30 que entregará al niño en el domicilio de la madre. Además, podrá pasar con Jose María dos tardes a la semana desde las 17 horas y hasta las 20:30 horas. Estas tardes serán a convenir según la disponibilidad de ambos progenitores.

En cuanto a los periodos de vacaciones de Semana Santa y Navidad, estamos de acuerdo con lo propuesto en la demanda por doña Victoria , pero en cuanto a las de verano consideramos que se deben también tener en cuenta los meses de junio y septiembre, desde la finalización del curso escolar y hasta el comienzo de este y que la parte de junio corresponda al progenitor que no tuviera a Jose María la primera quincena de julio, y la parte de septiembre al padre/madre que no estuviera con el niño en la segunda quincena del mes de agosto.

4º) Atribución del Uso del Domicilio Conyugal.

Que la atribución se establezca a favor de don Pelayo por ser un bien privativo de él, por no tener otro lugar donde residir, y por no ser el domicilio conyugal donde reside doña Victoria con Jose María ya que ella se ha marchado a vivir a otro lugar hace ya 4 meses.

5º) Pensión Alimenticia para el hijo menor Jose María . En concepto de alimentos procede fijar una pensión alimenticia para Jose María por importe de DOSCIENTOS CINCUENTA EUROS MENSUALES (250 #mes) por todo lo anteriormente explicado en esta contestación. Dicha pensión será actualizada anualmente de acuerdo con el IPC que Publica el I.N.E. u Organismo que le sustituya en su momento

En cuanto a los gastos extraordinarios de Jose María serán satisfechos por ambos padres aportando el 50% cada uno.

VII.- Se condene a la parte demandante a estar y pasar por las anteriores declaraciones. VIII.- Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Violencia de Género nº 1 de Valladolid número dictó sentencia con fecha 6 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:**

Estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sra. Cuesta de Diego, en nombre y representación de Victoria frente a Pelayo , y en su virtud, declaro la disolución por divorcio del matrimonio contraído por ambas partes, con los efectos legales inherentes a dicha declaración, sin especial imposición de las costas. Asimismo se determinan las medidas siguientes:

1.- **El hijo menor del matrimonio quedará bajo la guarda y custodia de la madre,** compartiendo ambos progenitores la patria potestad sobre el menor. Hasta que el menor cumpla los tres años de edad, el padre tendrá al mismo en fines de semanas alternos, los sábados y domingos desde las 11 horas a las 20 horas, sin pernocta. Una vez que el menor cumpla los tres años el padre estará en compañía de su hijo en fines de semanas alternos desde las 19:00 horas del viernes a las 19:00 horas del domingo en horario de invierno y hasta las 20 horas del domingo en horario de verano, la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y un mes en verano dividido en dos períodos no consecutivos de quince días, correspondiendo la elección en los años pares al padre y en los impares a la madre. No se establece régimen de vacaciones de verano para el próximo verano, pese a que el menor cumple los tres años a finales del mes de Agosto. El padre estará en compañía de su hijo la tarde de los miércoles de 18 a 20 horas, si bien por acuerdo de las partes esa tarde podrá variarse. El lugar de entrega y recogida del menor será el domicilio de éste.

2.- **El esposo contribuirá a los alimentos de su hijo en una cantidad mensual de 300 #** actualizable anualmente conforme al IPC. Dicha cantidad se hará efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente o de ahorro que señale la interesada. Los gastos extraordinarios que se originen con relación al hijo menor de edad deberán ser abonados por partes iguales por ambos progenitores.

3.- **Se atribuye el uso del domicilio familiar al menor y a la esposa** así como uso del vehículo Citroën Xsara, con las precisiones en cuanto a gastos señaladas en la fundamentación jurídica de esta resolución.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Pelayo , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 9 de octubre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que estimando el recurso de apelación interpuesto a nombre de don Pelayo contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Violencia Sobre la Mujer núm. 1 de Valladolid en fecha 6 de febrero de 2012, en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la aludida resolución en el solo particular relativo a la **asignación del uso del domicilio familiar que se realiza a favor de esposa e hijo y que se limita temporalmente hasta el mes de septiembre de 2015** quedando sin efecto la asignación exclusiva del uso a partir del mes de octubre de dicho año. No hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada.

TERCERO .- **Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación el Ministerio Fiscal** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:UNICO.-** Infracción del art. 96 CC , invocando la existencia de interes casacional por oposición la doctrina de la Sala, citando entre otras la STS de uno de abril de 2007 , que fijo la siguiente Doctrina: **la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interes del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC .**

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 14 de Mayo de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Susana Gómez Castaño, en nombre y representación de don Pelayo presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se estime el recurso en base a los argumentos y consideraciones esgrimidos en el escrito de interposición del recurso en el que se ratifica y da por reproducido.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día dos de octubre del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que suscita el presente recurso tiene que ver con la asignación del uso de la vivienda familiar en un supuesto en el que, siendo propiedad privativa del esposo, fue la vivienda que sirvió de domicilio familiar del matrimonio, contraído el día 17 de julio de 2006, hasta la ruptura. En este momento el hijo tiene cuatro años de edad (dos tenía entonces) y el uso de la vivienda, contra el criterio del Juzgado que lo atribuyó a la esposa e hijo sin limitación temporal, la Audiencia Provincial de Valladolid mantuvo la medida, si bien limitó el uso hasta el mes de septiembre de 2015.

Esta es la sentencia que ahora se recurre en casación por el Ministerio Fiscal, recurso al que mostró su conformidad doña Victoria . La sentencia sigue la doctrina anterior de la Audiencia, expresada en la sentencia de 13 de diciembre de 2011 , que sintetiza los criterios mantenidos en otras anteriores (24 de abril de 2007 y 1 de octubre de 2009), máxime, dice, " cuando la vivienda es privativa del recurrente, el matrimonio ha durado solo 3 años hasta la presentación de la demanda y el padre dispone de recursos económicos para procurar al menor un alojamiento digno mediante el cumplimiento de su obligación alimenticia en metálico. Además consta el hecho demostrado que la esposa salió del domicilio familiar en el mes de septiembre de 2011 y desde entonces hasta que volvió a la vivienda familiar contó con un domicilio en casa de sus padres" . Añade, además, que " la limitación temporal que se pide no es de aplicación inmediata sino que se pospone hasta tres años más, en cuyo momento se podrá señalar una mayor pensión alimenticia a cargo del padre para compensar que el uso del domicilio deje de pertenecer con carácter exclusivo a esposa e hijo y conseguir con esa compensación que el derecho al alojamiento del hijo quede suficientemente cubierto".

El recurso se estima.

Esta Sala valora, como podía ser de otra forma, los razonamientos de la sentencia, como valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inescusablemente necesaria una nueva y completa regulación.

Dice la sentencia de 17 de junio de 2013 , que "hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233-20 CCCat , que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (SSTs 10 de octubre 2011 ; 5 de noviembre de 2012), lo que no sucede cuando pasan a residir en casa de los padres del progenitor custodio porque podrían ser desalojados .

Se ha llegado a decir que la atribución del uso al menor y al progenitor (SSTs de 29 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2012), "se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario" y en ocasiones supone también un abuso de derecho que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7 CC . Por ello, junto con la sentencia de 17 de junio de 2013 , contemplan excepciones a la norma derivadas de: a) el hecho de que la esposa y su hijo residen en una nueva vivienda que aquélla ostenta en copropiedad con una nueva pareja con la que convive (STS 29 de marzo 2011), b) la madre ha adquirido una nueva vivienda que cubre las necesidades de alojamiento de la hija menor en condiciones de dignidad y decoro, además, el padre recupera la vivienda lo que le permite disfrutar de un status similar al de su hija y su ex esposa (STS 5 de noviembre 2012), y c) no es contrario al interés del menor el hecho de mantener durante tres años al hijo y a su madre en la vivienda para pasar luego a la otra, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, cuando el domicilio familiar conlleva el uso de la finca e impide la disposición de un patrimonio común importante, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges (STS 17 de junio 2013).

Pero no es este el caso. Sin duda, el interés prevalente del menor - STS 17 de junio 2013 - "es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia

compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre".

La infracción del artículo 96 se produce porque la sentencia deja absolutamente indeterminada la situación del menor una vez que transcurran los tres años a los que limita el uso, y aboca a una posterior modificación de medidas para que el coste de la habitación antes cubierta sea incluida con un incremento de la pensión de alimentos.

Dice la sentencia que el padre dispone de recursos económicos para procurar al menor un alojamiento digno mediante el cumplimiento de su obligación alimenticia, lo que contradice en cierta forma sus argumentos puesto que si los tiene para el en nada le afecta el que, mientras no se alteren las circunstancias, pueda prescindir de la vivienda de su propiedad para que la ocupe su hijo, además de su esposa, beneficiaria del derecho de uso.

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 (STS 14 de abril 2011).

Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011 , "aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE). 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 de los bienes, 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 siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, 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".

CUARTO.- La estimación del recurso, determina la casación en este punto de la sentencia de la Audiencia Provincial y consiguiente reposición de la del Juzgado de Violencia de genero num. 1 de Valladolid, de 6 de febrero 2012 en la que se atribuye el uso del domicilio familiar al menor y a la esposa, sin limitación temporal alguna.

No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 398.2 LEC

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

FALLAMOS

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de 9 de octubre de 2012, dictada en el rollo de apelación num. 209/2012 .

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida, en cuanto limita el uso de la vivienda familiar hasta septiembre de 2015, quedando sin efecto de asignación exclusiva del uso a partir del mes de octubre de dicho año.

3º Se repone la medida de la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1ª de Valladolid, de 6 de febrero de 2012 , en cuanto **se atribuye el uso del domicilio familiar al menor y a la esposa.**

4º Se mantiene en todo lo demás la sentencia recurrida, incluida la declaración sobre las costas.

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

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana .Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmaod y Rubricado.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.