

Roj: STS 3059/2012
Id Cendoj: 28079110012012100294
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1067/2011
Nº de Resolución: 304/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Mayo 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 Madrid, sección 24ª, por **Dª Juliana**, representado por la procuradora de los Tribunales D.ª Sonia López Caballero, contra la Sentencia dictada, el día 23 de febrero de 2011, por la referida Audiencia y sección, en el rollo de apelación nº 1248/2010, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Navalcarnero en los autos sobre divorcio nº 979/2009. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Doña Sonia López Caballero, en nombre y representación de Doña Juliana como parte recurrente. La parte recurrida no se ha personado ante esta Sala. Es parte interviniente el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Navalcarnero fue turnada la demanda de divorcio promovida por Dª Juliana, contra D. Adolfo. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia en la que se declare el divorcio de acuerdo a lo prevenido en el artículo 86 del Código Civil, acordando además los siguientes efectos complementarios:

1. *La disolución de la sociedad de gananciales, cuya liquidación se llevará a cabo en ejecución de sentencia.*

2. *Que la custodia de la hija menor de edad sea concedida a la esposa y madre, así como la patria potestad ordinaria manteniendo ambos progenitores la patria potestad.*

3. *Que se conceda a la hija común la pensión alimenticia de CUATROCIENTOS EUROS (400,00#) mensuales, en doce mensualidades iguales, pagadas por adelantado el día 5 de cada mes, hasta que la menor alcance la independencia económica y laboral. EL cónyuge no custodio deberá abonar, además, la mitad de los gastos escolares de la hija común (entendiéndose comprendidos en los mismos todos aquellos que tienen que ver con las matriculaciones, cuotas mensuales, material escolar, libros, actividades extraescolares, o de análoga naturaleza, incluyéndose, en su caso, los estudios universitarios), así como la mitad del seguro médico suscrito a favor de la hija.*

Además, el padre sufragará la mitad de todos los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la hija común a causa de accidente enfermedad o análoga circunstancia, siempre que se acrediten suficientemente, sean consultados previamente a él (siempre que sea posible) o sean autorizados por el Juzgado, en caso de discrepancia entre los padres.

4. *Las citadas cantidades serán ingresadas en la cuenta corriente que mi representada tiene abierta en La Caixa y de la que es titular: NUM000. Los pagos se realizarán dentro de los cinco primeros días de cada mes y por adelantado.*

5. *La cantidad de 400 euros establecida en concepto de alimentos debe ser actualizada a partir del 1º de enero del año siguiente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística o el organismo que, en su caso, le sustituya.*

La actualización se llevará a efecto de forma automática, sin necesidad de requerimiento alguno.

6. Que se establezca a favor del padre un régimen de visitas consistente en:

Fines de semana alternos, desde las 18:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo, y un día entre semana que, en defecto de acuerdo será los miércoles, de 18:00 a 20:00 horas.

Vacaciones de Semana Santa, Verano y Navidad, por mitad entre ambos progenitores, eligiendo, en defecto de acuerdo, el padre los años impares y la madre los años pares.

El régimen vacacional, se desarrollará según las reglas siguientes:

- Durante las vacaciones escolares de Semana Santa, el padre podrá estar en compañía de su hija durante uno de estos dos períodos:

1º) Desde el último día lectivo hasta el miércoles de Semana Santa a las 19:00 horas, o

2º) Desde el miércoles de Semana Santa a las 16:00 horas hasta el domingo a las 19:00 horas.

- Durante las vacaciones escolares de verano el padre podrá disfrutar de la compañía de su hija durante dos quincenas naturales no continuadas de los meses de Julio y Agosto.

- Durante las vacaciones escolares de Navidad, el padre podrá estar en compañía de su hija durante uno de estos dos períodos:

1º) Desde el último día lectivo hasta el 30 de diciembre a las 19:00 horas

2º) Desde el 30 de diciembre a las 19:00 horas hasta la incorporación de la menor a sus actividades lectivas.

La entrega y recogida de la menor se efectuará a través del punto de encuentro más próximo al domicilio de dicha menor, mientras esté en vigor la prohibición de aproximación y de comunicación impuesta al demandado.

Durante las vacaciones quedará en suspenso el régimen de visitas.

7. Que se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo pedido en esta demanda.

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Adolfo, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia desestimatoria de la demanda y de sus pedimentos, absolviendo de ella a mi representado, con expresa imposición de costas a la parte actora". En dicho escrito formuló demanda reconventional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...por formulada DEMANDA RECONVENTIONAL y tras el recibimiento a prueba que desde ahora se solicita, se sirva estimarla y acordar al amparo del Art. 92 del Código Civil las medidas siguientes como definitivas:

1º.- Que la hija de la pareja Tarsila sometida a la patria potestad, quede bajo la guarda y custodia del padre don Adolfo, sin perjuicio que ambos padres puedan continuar ejerciendo la patria potestad conjuntamente.

2º.- En tanto y en cuanto no se liquide la sociedad de gananciales, se señala la atribución del uso y disfrute del inmueble domicilio conyugal sito en Navalcarnero, AVENIDA000 nº NUM001 a D. Adolfo.

3º.- Señalar como pensión de alimentos para la hija menor, Tarsila, que deberá abonar doña Juliana, la cantidad de 400 € mensuales, dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, en la cuenta bancaria que el Sr. Adolfo designe en su momento. Igualmente, dicha cantidad será revisada anualmente, en la misma proporción que aumente el IPC elaborado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya.

4º.- La esposa satisfará la cantidad mensual de 600 euros mensuales a D. Adolfo, en concepto de pago de hipoteca que pesa sobre el domicilio familiar, mientras no se liquide la misma.

5º.- Establecimiento de un régimen de visitas a favor de la madre no custodio, doña Juliana:

a) Doña Juliana, podrá tener en su compañía a la hija menor de ambos, Tarsila, los fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado hasta las 20 horas del domingo, debiendo recoger y reintegrar a la menor en el domicilio del padre. Cuando se encuentre vigente del período escolar, regirá el mismo régimen de visitas los fines de semana con la diferencia que la madre podrá llevar a la menor directamente al centro escolar donde curse sus estudios el lunes para la mañana.

b) Las vacaciones de Navidad y Semana Santa se dividirán por mitad entre ambos padres, alternando cada progenitor, cada año, la primera y la segunda mitad correspondiente a dichas vacaciones; correspondiendo a la madre la primera mitad de los años impares y al padre la primera mitad de los años pares. Se entiende por primera mitad de las vacaciones de Navidad, desde el comienzo de las vacaciones escolares hasta el 31 de Diciembre, correspondiendo la segunda mitad desde esta fecha hasta el comienzo de las clases y, de igual forma para la Semana Santa, teniendo en cuenta el inicio y finalización de las vacaciones.

c) Igualmente y con el mismo criterio de las anteriores, en lo que respecta a las vacaciones de verano, la madre podrá disfrutar de un mes al año, correspondiéndole el mes de agosto los años pares. Ambos progenitores se comprometen a comunicar al otro el lugar, dirección y teléfono donde pasen con el menor los periodos vacacionales que les corresponda.

6º.- Se condene en costas al reconvenido".

El Ministerio Fiscal, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó aplicando: "se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados".

Contestada la demanda y la reconvenición y previos los trámites procesales correspondientes y práctica de las pruebas propuestas por las partes, previamente admitidas y declaradas pertinentes, el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Navacarnero dictó sentencia con fecha 23 de marzo de 2010 , y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO; Que, estimando parcialmente la demanda y la demanda reconvenicional, debo declarar y declaro la DISOLUCIÓN POR DIVORCIO del matrimonio formado por Don Adolfo y Doña Juliana , celebrado en la localidad de Madrid el diecisiete de Agosto de dos mil cinco, con todos los efectos legales inherentes y aprobando las siguientes medidas:

1ª) La guarda y custodia de la menor Tarsila se atribuye a Doña Juliana , permaneciendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2ª) Atribución a Don Adolfo del uso y disfrute de la vivienda conyugal, así como del mobiliario y ajuar de dicha vivienda

3ª) Régimen de visitas a favor del progenitor no custodio: El padre podrá disfrutar de la compañía de su hija menor de edad, sábados y domingos, en fines de semana alternos, en el punto de encuentro más próximo al domicilio de la menor, en el horario que fije dicho punto de encuentro.

Dicho régimen de visitas podrá ir ampliándose progresivamente, hasta su completa normalización en función de los informes emitidos por el Punto de Encuentro, y de acuerdo con dichos informes.

4ª) Pensión de alimentos a favor de la hija menor de edad: Don Adolfo , en concepto de alimentos a favor de su hija Tarsila , deberá abonar la cantidad de 300 # mensuales, en doce mensualidades, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente de la que es titular la demandante, de la entidad La Caixa, número NUM000 , actualizándose dicha cantidad anualmente, cada uno de enero, conforme al Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.

5ª) Gastos extraordinarios: Los gastos extraordinarios que pudieran originarse para la atención del hijo menor, se sufragarán por ambos progenitores por partes iguales, previo consentimiento de cada progenitor, excepto en el caso de los gastos extraordinarios referentes a la salud del menor que no estén cubiertos por la Seguridad Social o por seguro médico, ya que en este caso los gastos serán satisfechos por mitad por cada progenitor previa acreditación de su importe, y por lo tanto, no supeditada a la prestación de consentimiento, no teniendo la consideración de gastos extraordinarios los enumerados en el artículo 142 del Código Civil .

6ª) Contribución a las cargas del matrimonio: ambos cónyuges al 50% hasta la liquidación del régimen económico matrimonial.

7ª) De conformidad con lo prevenido en el artículo 95 del Código Civil , una vez firme la presente resolución, se producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial, debiendo instarse la liquidación de dicho régimen a través del cauce procedimental adecuado, sin que proceda efectuarla en ejecución de Sentencia.

Todo ello sin hacer especial condena en las costas causadas en la tramitación de la presente causa, debiendo en consecuencia cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por mitad".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Adolfo y D^a Juliana , presentando escrito la representación de D. Adolfo desistiendo del recurso por el mismo formulado. Sustanciada la apelación, la Sección 24^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 23 de febrero de 2011 , con el siguiente fallo: " *Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Juliana , representada por la Procuradora DOÑA SONIA LÓPEZ CABALLERO, contra la sentencia de fecha 23 de marzo de 2010; del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Navalcarnero, dictada en el proceso sobre divorcio número 979/2009 , seguido con DON Adolfo ; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente, y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes*".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D^a Juliana , representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Juliana , formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial , con fundamento en los siguientes motivos:

Único: Al amparo del art. 477.2.3^o de la LEC , por infracción del art. 96 del Código Civil .

Por resolución de fecha 27 de abril 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 la Procuradora Doña Sonia López Caballero, en nombre y representación de Doña Juliana como parte recurrente. La parte recurrida no se ha personado ante esta Sala. Es parte interviniente el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de 22 de noviembre de 2011, y evacuado el traslado conferido al respecto, el Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la estimación del recurso de casación.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1^o D^a Juliana y D. Adolfo contrajeron matrimonio en 2005. Tienen una hija nacida en el mismo año. Su matrimonio está sujeto a la sociedad de gananciales.

2^o Después de un episodio de violencia, ocurrido en 2009, que comportó una denuncia al marido, con una orden de alejamiento y la adopción de unas medidas de protección de la niña, los cónyuges viven separados.

3^o En el año 2009, D^a Juliana presentó una demanda pidiendo el divorcio, la disolución de la sociedad de gananciales, la atribución de la guarda y custodia de la hija, unos alimentos de 400# mensuales y el derecho de visitas del padre.

El padre se opuso a la demanda y formuló reconvencción.

4^o La sentencia del juzgado de 1^a Instancia de Navalcarnero nº 3, de Violencia, de 23 marzo 2010 , acordó el divorcio y una serie de medidas relativas a la guarda y custodia de la hija, pero no atribuyó el uso de la vivienda: "*habida cuenta de que la ahora demandante no solicitó la atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal ni como medida civil en la solicitud de orden de protección (y posterior comparecencia), ni lo solicita en su demanda, se estima conveniente mantener la situación de hecho existente, atribuyendo, en consecuencia, al demandado D. Adolfo el uso y disfrute del domicilio conyugal [...]*".

5^o Apeló la sentencia D^a Juliana . La SAP de Madrid, sección 24, de 23 febrero 2011 , confirmó la sentencia apelada. Dijo que "*procede desestimar el segundo motivo del recurso relativo a la petición del uso del domicilio familiar, pues no se suplicó en la demanda al órgano judicial de la primera instancia; luego no puede ser petición ex novo en esta alzada y no puede ser motivo del recurso ya que el órgano "a quo" fue congruente con las peticiones de las partes según obliga el Art. 218 LEC ; y según es doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo[...]*".

6^o D^a Juliana presenta recurso de casación por interés casacional. El informe del Ministerio Fiscal apoya la estimación del recurso.

SEGUNDO. El muy esquemático recurso de casación dice que la atribución de la vivienda conyugal infringe lo dispuesto en el Art. 96 CC , pues se realiza al cónyuge en cuya compañía no queda la hija común, menor de edad. En apoyo de su argumentación cita las SSTS de 14 enero 2010 , 18 enero y 8 octubre 2010 . La sentencia recurrida también contradice los pronunciamientos de las Audiencias provinciales, en las sentencias que cita.

El motivo se estima.

El presente recurso de casación plantea dos problemas, uno de los cuales debe resolverse previamente, para poder entrar en el directamente objeto del recurso, que es la atribución de la vivienda. Se trata de una cuestión indirectamente planteada, pero que presenta un indudable interés y que consiste en determinar si en un procedimiento matrimonial, en el que las partes no han pedido la atribución de la vivienda familiar, se aplica, como afirma la sentencia recurrida, el principio de congruencia y que ello impediría que el tribunal se pronunciase. La solución que se dé a esta cuestión, determinará que esta Sala pueda o no entrar a resolver el problema directamente planteado sobre la atribución de la vivienda familiar.

TERCERO. El Art. 91 CC establece que *"en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, [...], el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges [...]determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar [...](énfasis añadido)"* . En aplicación de esta norma, el Art. 774. 4 LEC repite que el juez determinará en su propia sentencia, en defecto de acuerdo de los cónyuges, las medidas relativas a la vivienda familiar.

Lo anterior determina que el principio de rogación se aplica de forma relativa en estos procedimientos y ello solo cuando existan menores de edad, cuyo interés es el más digno de protección. La facultad prevista en el Art. 91 CC la tiene el juez cuando no se haya pedido ni adoptado ninguna medida, de modo que el Art. 752.2 y 3 LEC establece que la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni éste podrá decidir la cuestión litigiosa basándose en la conformidad de las partes o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria. Esto se aplicará también en la segunda instancia.

En consecuencia, no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de *ius cogens* que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984 .

CUARTO. Resuelto lo anterior, esta Sala debe pronunciarse sobre la atribución del uso de la vivienda familiar a la hija menor de D^a Juliana y a su madre, que ostenta la guarda y custodia.

Esta Sala ha formulado en la STS 221/2011, de 1 de abril , la siguiente doctrina que debe aplicarse a este caso concreto *" 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 "*, doctrina que se ha reiterado en las SSTS 236/2011, de 14 abril ; 451/2011, de 21 junio y 642/2011, de 30 septiembre .

En ellas se argumenta que *"El principio protegido en esta disposición es el 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 y Art. 81.2 CDF Aragón). 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"*. Este mismo argumento debe aplicarse en este recurso por lo que procede aplicar la doctrina antes reproducida.

QUINTO. La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Juliana , contra la SAP de Madrid, sección 24, de 23 febrero 2011 , determina la de su recurso.

Se casa y anula la sentencia recurrida, que confirmó la de 1^a instancia pronunciada por el juzgado nº 3 de Navalcarnero, en fecha 23 marzo 2010 y esta Sala debe dictar sentencia, y atribuir el uso del domicilio familiar a la hija Tarsila y a su madre, como progenitor custodio, completando lo decidido en la sentencia dictada por el juzgado nº 3 de Navalcarnero.

No se imponen a ninguna de las partes litigantes las costas de la casación, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 398.2 LEC .



No se imponen las costas del recurso de apelación.

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de Dª Juliana , contra la SAP de Madrid, sección 24, de 23 febrero 2011 , en autos 979/2009.

2º Se casa y anula la sentencia recurrida.

3º En su lugar, se dicta sentencia y se atribuye el uso del domicilio familiar a Tarsila y a su madre, Dª Juliana , como progenitor custodio. Se mantiene en todo lo demás la sentencia dictada por el juzgado nº 3 de Navalcarnero, de fecha 23 marzo 2010 .

4º No se imponen las costas del recurso de casación.

5º No se imponen las costas del recurso de apelación.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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.- Antonio Salas Carceller.- **Encarnacion Roca Trias**.- Ignacio Sancho Gargallo.- 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.