



Roj: **STS 2039/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:2039**

Id Cendoj: **28079110012020100305**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/06/2020**

Nº de Recurso: **4122/2019**

Nº de Resolución: **351/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 351/2020

Fecha de sentencia: 24/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4122/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 17/06/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: Ezp/rdg

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4122/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 351/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. **Eduardo Baena Ruiz**

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 24 de junio de 2020.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 11 de abril de 2019, por la Audiencia Provincial de Madrid, (sección 4.ª), en el recurso de apelación n.º 1111/2018 dimanante del procedimiento de modificación de medias n.º 350/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente, D. Lucio , representado por el procurador Sr. Gómez Velasco.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida D.ª Mónica , representada por la procuradora Sra. Carmen Barrera Rivas.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- D. Lucio , representado por el procurador D. Juan José Gómez Velasco y asistido por la Letrada Dña. María del Mar Abril Pérez del Campo, formuló demanda de juicio verbal especial sobre modificación de medidas, contra D.ª Mónica , representada por la procuradora Dña. Carmen Barrera Rivas y asistida por la Letrada Dña. M.ª Luisa Borreguero Pérez, suplicando al Juzgado dictase sentencia con los siguientes pedimentos:

"1.-Se solicita que se decrete la extinción de la atribución del derecho al uso y disfrute de la **vivienda** conyugal a favor de la demandada y los hijos, por haber hecho la demandada, un uso indebido de la misma al estar conviviendo desde el año 2012 con otra persona en relación análoga a la marital en diferentes periodos de tiempo ya partir del año 2015 de forma continuada y permanente tras el matrimonio de la Sra. Mónica con el Sr. Rodrigo , ya que ambos conviven maritalmente en el domicilio que fuera conyugal, cuyo uso y disfrute fue otorgado exclusivamente a los hijos en compañía de la madre por quedar bajo su custodia por sentencia de divorcio.

"2.-Subsidiariamente de no acordarse la extinción de forma inmediata se acuerde que el uso quedará extinguido al momento de la efectiva liquidación del bien, en virtud de las razones esgrimidas en el cuerpo de esta demanda y teniendo en cuenta que la Sra. Mónica ha venido disfrutando de esta casa durante más de 6 años se acuerde otorgar el uso del inmueble a mi representado para cubrir sus necesidades de alojamiento y de sus hijos en sus tiempos de convivencia con el hasta la efectiva liquidación del bien.

"3.- Subsidiariamente de no acordarse cualquiera de las dos peticiones anteriores se establezca que hasta la efectiva liquidación del inmueble el uso y disfrute de la **vivienda** será alternativo por dos anualidades a favor de cada uno de los ex cónyuges, comenzando el uso por el Sr. Lucio , que residirá en la **vivienda** durante dos años, desde que se dicte la sentencia, y así alternativamente hasta la efectiva liquidación del bien inmueble, y acordándose que la Sra. Mónica debe salir de la **vivienda** en el plazo de diez días a contar desde la fecha en que se notifique la sentencia.

"4.-Que se impongan las costas a la Sra. Mónica por su temeridad y mala fe".

2.- Mediante Decreto de 11 de septiembre de 2017 se admitió a trámite la demanda, dándose traslado a las partes para contestar.

3.- La representación procesal de D.ª Mónica , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"Estime nuestras alegaciones y acuerde desestimar la demanda interpuesta manteniendo la atribución a la misma y a su hijo menor del derecho de uso sobre la que fue **vivienda** conyugal situada en la CALLE000 n.º NUM000 de DIRECCION000 (Madrid), con expresa imposición de las costas a la parte demandante".

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de DIRECCION000 , dictó sentencia el 2 de febrero de 2008 con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando íntegramente como desestimo la demanda de modificación de medidas presentada por la representación procesal de D. Rodrigo contra D.ª Mónica , debo declarar y declaro no haber lugar a la modificación de las medidas acordadas en la Sentencia de divorcio de 24 de enero de 2011, dictada por este Juzgado en el Procedimiento no 951/2010.

"No procede hacer expresa imposición".

SEGUNDO.- Interposición del recurso de apelación.

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de

Correspondiendo conocer de él a la sección 24.ª, en fecha 11 de abril de 2019 dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Lucio , representado por el Procurador don Juan José Gómez Velasco, contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 2.018; del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de DIRECCION000 ; dictada en el proceso de Modificación de Medidas no 350/2.017; seguidos con doña Mónica , representada por la Procuradora doña María Del Carmen Barrera Rivas; 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.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- Contra la citada sentencia se interpuso recurso de casación por el demandante, apelante, fundado en un único motivo por infracción, aplicación indebida, del art. 96.1 CC.

2.- La sala dictó auto el 15 de enero de 2020 con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por D. Lucio contra la sentencia dictada con fecha de 11 de abril de 2019 por la Audiencia Provincial de Madrid (sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 350/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 .

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal".

3.- El Ministerio Fiscal interesa que se case la sentencia de la Audiencia Provincial y se dicte otra por la que se estime la pretensión principal del demandante recurrente.

4.- La representación procesal de la parte recurrida, no formuló oposición al recurso interpuesto de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el día 17 de junio de 2020, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Frida interpuso demanda de divorcio contra D. Benedicto .

El Juzgado de primera instancia estimó la demanda de divorcio con los siguientes efectos:

"Que estimando la demanda de divorcio interpuesta por el procurador de los Tribunales Sr. Martínez Rico, en nombre y representación de D.ª Frida frente a D. Benedicto , representado por el procurador Sr. Córdoba Esteban debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraído por los litigantes el día 14 de febrero de 2014 en Orihuela, con los efectos inherentes al mismo y en especial los siguientes:

1.º Se atribuye a la esposa, Sra. Frida la guarda y custodia de la hija del matrimonio correspondiendo a ambos progenitores de forma compartida la patria potestad.

2.º Se atribuye a la menor y a la madre el uso y disfrute de la **vivienda** familiar.

3.º Se establece como régimen de visitas a favor del padre el siguiente: durante tres meses, las visitas se desarrollarán en el PEF más cercano al domicilio de la menor, con supervisión de los profesionales quienes informarán sobre la conveniencia de establecer un régimen de visitas ordinario, que sería de fines de semana alternos inicialmente sin pernocta durante tres meses más, desde el sábado a las 11:00 horas hasta las 20:00 horas y el domingo con el mismo horario, sin distinción de periodos vacacionales; transcurrido este segundo periodo sin pernocta, el régimen de visitas será ordinario desde las 11:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano (periodo que se dividirá por quincenas), eligiendo periodo el padre en los pares y la madre en los impares.

"4.º Se impone al Sr. Benedicto la obligación de abonar a la Sra. Frida en concepto de pensión de alimentos a favor de su hija la suma de 200 euros mensuales suma que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la actora, y que deberá actualizarse anualmente acorde con los incrementos del IPC o índice que lo sustituya. Corresponde a ambos progenitores el pago de los gastos extraordinarios de



la menor, correspondiendo al padre el pago del 60% y a la madre el pago del 40%, teniendo tal consideración los gastos de médico-sanitarios, no cubiertos por los sistemas públicos o por seguros privados; los gastos de índole educativo tales como matrículas, y libros de texto, no cubiertos por la gratuidad en la enseñanza así como los viajes y excursiones escolares; y los derivados de actividades lúdicas o extraescolares que estén realizando en este momento los menores".

2.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación D. Benedicto , y correspondió conocer de él a la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Alicante, que dictó sentencia el 27 de marzo de 2019 por la que, en lo ahora relevante, acordó suprimir el uso de la **vivienda** que fue familiar pasados seis meses desde que se dicta su resolución.

La razón de esta decisión es la siguiente:

Sin olvidar lo establecido en el artículo 96 del Código Civil, debe tenerse en cuenta, que el derecho del uso de la **vivienda** familiar, en modo alguno tiene carácter indefinido, ni es esencialmente vitalicio. Actualmente, y dada la evolución de la realidad social, al igual que acontece con la pensión compensatoria, se configura como un derecho provisional y temporal. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la titularidad de la **vivienda** que fue familiar y que correspondía al padre del Sr. Benedicto . Al haber fallecido el mismo actualmente corresponde a sus herederos, el apelante y sus cinco hermanos, (folio 68), pero lo que es más importante es el estado ruinoso de la **vivienda** como se ha puesto de manifiesto en el folio 264 y concordantes. Más a más, también debe ser tenido en consideración el precario estado de salud del apelante como se acredita con la documentación unida a los folios 58 y siguientes. Por tanto, la atribución del uso de la **vivienda** debe ser limitada a 6 meses, computable desde la fecha de esta resolución, periodo que la Sala entiende adecuado para que la Sra. Frida , pueda proporcionarse una nueva **vivienda**.

3.- La parte demandante-apelada interpone contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo del artículo 477. 2. 3.º de la LEC.

Formula un motivo único por infracción de la sentencia recurrida del art. 96 del CC, por oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la no limitación temporal de la atribución del uso del domicilio familiar a los hijos menores de edad.

Cita la sentencia n.º 221/2011, de 1 de abril, que formuló la siguiente doctrina:

"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 del CC".

Remite, como sentencias que refrendan la citada doctrina, a las n.º 236/2011, de 14 de abril; n.º 257/2012, de 26 de abril; n.º 282/2015, de 18 de mayo; n.º 117/2017, de 22 de febrero y la n.º 168/2017, de 8 de marzo.

En sus alegaciones la parte recurrente hace las siguientes consideraciones en defensa de su tesis:

(i) El artículo 96 del CC es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitativas, por lo que la Sentencia recurrida debió mantener, tal como hizo la Sentencia del Juzgado de Violencia n.º 1 de DIRECCION001 , la atribución del uso del domicilio familiar sin limitación alguna, a favor de la hija menor y del progenitor custodio, en este caso, su madre.

Y ello debe ser así, con independencia de quién sea el titular de la **vivienda** familiar. Efectivamente, la Sentencia, recurrida justifica la limitación temporal del uso de la **vivienda** familiar por pertenecer ésta al padre del esposo, ya fallecido, y por lo tanto actualmente corresponde a sus herederos, esto es, el esposo D. Benedicto y sus cinco hermanos. Sin embargo, la norma ha de ser interpretada y aplicada a favor del menor sin limitaciones temporales ya que lo que se protege en el artículo 96 del Código Civil es el interés superior del menor y no la propiedad, por lo que es indiferente que la **vivienda** familiar sea de ambos progenitores, de uno solo o incluso de un tercero, ya que la atribución de su uso es oponible únicamente frente al otro progenitor, no, frente al tercero que eventualmente fuera titular de la **vivienda**, quien podrá ejercitar en su caso, las acciones legales que estime oportunas.

(ii) La atribución del uso del domicilio familiar a la hija menor de edad, constituye también la manera de procurarle alimentos por parte del titular de la Patria Potestad, D. Benedicto , ya que conforme al artículo 142 del Código Civil, una parte de los alimentos lo constituye el alojamiento o habitación.

(iii) (Por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus Sentencias n.º 671/2012, de 5 de noviembre, n.º 284/2016, de 3 de mayo, n.º 646/2017, de 27 de noviembre y 181/2018, de 4 de abril, entre otras, se dijo que los dos supuestos excepcionales que viene admitiendo la Sala para mitigar las consecuencias del rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil, cuando no existe acuerdo Previo entre los cónyuges son: uno, el carácter no familiar de la **Vivienda** sobre la que recae la medida, entendiéndose 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 propios de la relación; y 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 superior del menor.

Ninguna de esas causas de limitación o supresión, se dan en el supuesto contemplado en autos.

4.- La sala dictó auto el 13 de noviembre de 2019 por el que acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida se opone al recurso de casación con los alegatos que hizo en su recurso de apelación y que tiene en cuenta la sentencia recurrida.

5.- El Ministerio Fiscal, con cita de sentencias de esta sala coincidente en su doctrina con las que retiene como de referencia la parte recurrente, apoya el recurso de casación.

SEGUNDO.- Decisión de la Sala.

1.- La sentencia n.º 117/2017, de 22 de febrero, citada por la recurrente, sostiene que:

"[...] 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".

"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, 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 la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos 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".

Por tanto, en principio, la limitación que establece la sentencia recurrida contradice la doctrina de la sala.

Es indiferente, pues, que la **vivienda** sea del demandado o de terceros, pues en este último supuesto la atribución del uso de la **vivienda** no se ventila ni es oponible respecto de éstos, sin perjuicio de las acciones legales que les asistan y las consecuencias que desplieguen, sobre todo a efectos de alimentos, caso de prosperar.

Ahora bien, afirma también la citada sentencia que Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la **vivienda** familiar en supuestos similares pues a ninguno se refieren las "resoluciones más recientes" que dice la sentencia, sin citarlas.

Lo que dice esta sala -sentencia de 17 de junio de 2013- es lo siguiente:

"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, entendiéndose 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".

Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina:

"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, (221/2011, 1 de abril; 181/2014, 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo, todas ellas dictadas en recursos de casación procedentes de la misma Audiencia".

Estos dos factores que mitigan el rigor de la norma no se dan en el supuesto enjuiciado.

No se pone en tela de juicio que la **vivienda** sea la **vivienda** familiar del matrimonio que se divorcia, y no consta que la hija no la precise por poder satisfacer esa necesidad por otros medios.

Por todo ello el recurso se ha de estimar.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394.1 y 398.1 de la LEC, no se imponen las costas del recurso a la parte recurrente.



FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.^a Frida , representada por la procuradora D.^a Sandra Osorio Alonso, contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 27 de marzo de 2019, por la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 4.^a, en el recurso de apelación n.º 213/2018 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 200/2016 seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 1 de DIRECCION001 .

2.- Confirmar la sentencia recurrida excepto en no fijarse límite al uso de la **vivienda** familiar mientras la hija sea menor de edad.

3.- No imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ