



Roj: **STS 3033/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3033**

Id Cendoj: **28079110012020100471**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/09/2020**

Nº de Recurso: **4122/2019**

Nº de Resolución: **488/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 488/2020

Fecha de sentencia: 23/09/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

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 24.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: EZP/RDG

Nota:

CASACIÓN núm.: 4122/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 488/2020

Excmos. Sres. y Excmo. 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 23 de septiembre 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 24.ª), en el recurso de apelación n.º 1111/2018 dimanante del procedimiento de modificación de medidas 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. Edmundo , representado por el procurador Sr. Gómez Velasco.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida D.ª Emilia , representada por la procuradora D.ª M.ª 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.- El procurador D. Juan José Gómez Velasco en nombre y representación de D. Edmundo , y asistido de la letrada D.ª María del Mar Abril Pérez del Campo, formuló demanda de juicio sobre Incidente de Modificación de los efectos acordados en la sentencia definitiva de Divorcio de fecha 24 de enero de 2011 que aprobó el convenio de fecha 20 de octubre de 2010, contra D.ª Emilia , suplicando al Juzgado dictase sentencia con los siguientes pedimentos:

"Con estimación de la presente demanda, se modifique la medida relativa a la extinción del uso y disfrute, atribuido a la demandada y a los hijos, del domicilio conyugal en los siguientes términos:

"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. Emilia con el Sr. Genaro , 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. Emilia 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. Edmundo , 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. Emilia 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. Emilia por su temeridad y mala fe".

2.- Mediante auto de fecha 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 Emilia , 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 2018 con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando íntegramente como desestimo la demanda de modificación de medidas presentada por la representación procesal de D. Edmundo contra D.ª Emilia , 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 D. Edmundo .

Correspondiendo conocer de él a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, que en fecha 11 de abril de 2019 dictó sentencia cuya parte dispositiva dice:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por don Edmundo , 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 Emilia , 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 la representación procesal de D. Edmundo , 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. Edmundo 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. Por auto de fecha 14 de septiembre de 2020, se declara la nulidad de la sentencia al detectarse un error informático que ha sido corregido, procediéndose a dictar la misma nuevamente.

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.- Acción ejercitada y sentencia de primera instancia.

El recurso interpuesto trae causa de la demanda de modificación de medidas promovida por el actor, en la que alega la existencia de una modificación sustancial de las circunstancias al tiempo de adoptarse las medidas relativas al uso de la vivienda familiar. En concreto se invoca respecto de la medida de atribución del derecho del uso de la vivienda familiar -que en sentencia de divorcio de 24 de enero de 2011, se atribuyó a la madre y a los tres hijos menores, de los que actualmente solo uno es menor, la nacida en NUM001 de 2009- la circunstancia sobrevenida de haber contraído la demandada matrimonio con su nueva pareja, y conviven en el domicilio familiar, razón por la que insta la extinción de dicho uso, de forma principal, y subsidiariamente, hasta la liquidación de gananciales, y subsidiariamente un uso alternativo por dos años a cada uno, hasta la liquidación.

La demanda se desestima en primera instancia. Considera el juzgador que la circunstancia alegada de la convivencia de la progenitora custodia con su nuevo esposo, en el domicilio familiar -que está acreditado- nunca podría servir de base para extinguir el derecho de uso atribuido por sentencia de divorcio a la esposa e hija, pues conforme al art. 96 CC, el uso se atribuye al progenitor que ostente la custodia del menor. Considera, por tanto, que dicha convivencia no fundamenta una extinción del derecho del uso, conforme a los arts. 90, 91 y 96 CC, que responde al interés superior del menor. Por último indica que no se ha planteado por el actor una



alternativa, como la de aumentar el importe de la pensión de alimentos a abonar por el padre, que permitiera la extinción del uso.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Recurrida la sentencia por el actor, ahora recurrente, recurso al que se opone la exesposa, se delimita el debate por la audiencia en si procede mantener el uso de la vivienda familiar a la hija menor y la madre custodia por la convivencia habitual acreditada en la vivienda familiar de un tercero -nuevo esposo de la progenitora-. La sentencia de la audiencia considera que no obstante el matrimonio de la apelada con otra persona, -y que esta habita en el domicilio familiar- ello no es suficiente para acordar la extinción, por existir todavía un hijo menor de edad -de nueve años-, por lo que subsiste el derecho a seguir usando y de manera preferente dicho domicilio junto a su madre *per relationem*, como guardadora. Añade que es el criterio del Fiscal que ha informado en tal sentido.

3.- Recurso de casación .

Contra la citada sentencia se interpone recurso de casación por el demandante, apelante, fundado en un único motivo por infracción, aplicación indebida, del art. 96.1 CC, por oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en STS del Pleno 641 /2018 de 20 de noviembre, y considera que se infringe, pues la sentencia recurrida en casación sigue considerando la vivienda como domicilio familiar a pesar de declarar probado la convivencia en el citado domicilio del actual esposo de la madre custodia. Pretende que se aplique la doctrina contenida en la STS del Pleno citada, y es que, alega, el domicilio familiar pierde tal carácter cuando sirve a otra familia distinta, sin que pueda mantenerse la atribución en base al art. 96.1 CC, una vez declarado probado que se ha introducido un tercero, marido de la progenitora guardadora en el indicado domicilio.

Interesa a través del recurso que se declare extinguido el derecho de uso de la vivienda atribuido a la ex esposa y la hija menor, que en su día constituyó la vivienda familiar. Subsidiariamente interesa la extinción a la liquidación de la sociedad de gananciales, y subsidiariamente, que el uso sea alternativo por dos años a cada progenitor hasta la liquidación del inmueble.

4.- La sala dictó auto el 15 de enero de 2020 por el que acordó admitir el recurso de casación.

La parte recurrida no formuló escrito de oposición al recurso.

5.- 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.

SEGUNDO.- Decisión de la sala.

1.- Antes de ofrecer respuesta al recurso de casación conviene hacer brevemente algunas consideraciones:

(i) La primera, que extraña sobremanera que la sentencia recurrida, de fecha 11 de abril de 2019, no se haga eco ni cite la jurisprudencia de la sala respecto del supuesto sobre el que decide, en concreto de la sentencia de pleno número 641/2018, de 20 de noviembre anterior a la fecha en que se dictó la recurrida.

(ii) La segunda, que la medida relativa a la vivienda familiar es origen, en general, de tensiones y conflictos entre los excónyuges que tenían en ella la sede del núcleo familiar.

De ahí que la doctrina postule que el legislador aborde una nueva regulación sobre la materia, pues las nuevas realidades familiares y de uniones de pareja así lo demandan; y todo ello en estrecha relación con la superior protección del interés del menor; conciliando los intereses en conflicto y poniendo coto a un nicho de litigios y de tensiones deplorables, y a veces reprobables.

Consciente de ese problema la sala abordó el supuesto en el que, existiendo una vivienda familiar, sede del núcleo primigenio en la que convivían ambos cónyuges con sus hijos, tras la disolución del matrimonio, y atribuido el uso a los hijos menores y al progenitor a quien se confía su guarda y custodia, este contrae matrimonio o crea una unión de hecho con una tercera persona, con la que constituye otro núcleo familiar.

Pero con la paradoja de fijar su sede en la vivienda familiar del núcleo primigenio en la que convivirá la nueva pareja y los hijos menores de la primigenia.

2.- Los intereses que confluyen los tiene en consideración la sentencia de pleno número 641/2018, de 20 de noviembre.

Afirma lo siguiente:

"(i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de



permanencia (sentencia 726 /2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente", como dice la sentencia recurrida.

"(ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.

"El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda".

Es decir, se ofrecen pautas de conducta para que la nueva situación no perjudique el interés de los hijos menores de edad.

Se ha de tener en cuenta que dentro del concepto de alimentos se integra el de proporcionarles vivienda a los hijos menores.

Para que las partes se acomoden a la nueva situación y tengan tiempo de ordenarla, sin poner en riesgo el interés de los menores, es por lo que la sentencia número 568/2019, de 29 de octubre, permitió a la menor y a la madre permanecer en la vivienda por un tiempo prudencial de un año, tras el cual cesaría el uso de la misma.

Esto es, se evitó un automatismo inmediato.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso de casación, con la matización temporal a que se ha hecho mención.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la LEC no procede imponer 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. Edmundo 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 1111/2018, dimanante del procedimiento de modificación de medidas n.º 350/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de DIRECCION000 .

2.- Casar la sentencia recurrida y en su lugar acordar la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre y a los hijos, prolongándose el citado uso un máximo de un año.

3.- No se imponen 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.