

Roj: STS 1657/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100145
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 141/2008
 Nº de Resolución: 191/2011
 Procedimiento: Casación
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DIVORCIO x
- x ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA AL CÓNYUGE x
- x ABUSO DEL DERECHO x

Resumen:

Divorcio. Atribución de la vivienda familiar cuando el progenitor custodio tiene otra vivienda donde convive con su nueva pareja y el hijo común.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Marzo de dos mil once.

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. Bernarda representada por la procuradora Dª. Gema Pinto Campos, contra la Sentencia dictada, el día 25 de octubre de 2007, por la referida Audiencia y sección, en el rollo de apelación nº 684/07 que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Navalcarnero, en los autos sobre divorcio nº 708/05. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª Gema Pinto Campos, en nombre y representación de Dª. Bernarda en calidad de parte recurrente. El procurador D. José Angel Donaire Gómez, en nombre y representación de D. Alexis, en calidad de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Navalcarnero, interpuso demanda de divorcio, don Alexis, contra doña Bernarda. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia que verse sobre los siguientes extremos:

1) *El divorcio del matrimonio contraído por DON Alexis y DOÑA Bernarda.*

2) *En cuanto al domicilio conyugal sito en CARRETERA000, Km. NUM000 de Navalcarnero (Madrid) se atribuya al padre, en el que podrá estar en compañía de su hijo si se le concede la custodia compartida o los días que tenga la guardia y custodia en otro caso.*

3) *El hijo común del matrimonio Alexis, continuará bajo la patria potestad de ambos cónyuge.*

4) *Se acuerda la guardia conjunta o compartida de ambos progenitores de forma que el menor permanezca con uno de los progenitores un curso escolar y el siguiente con el otro.*

5) *Se establezca a favor del padre un régimen de visitas para el período en el que permanezca el menor con la madre consistente en disfrute de la compañía de su hijo dos días entre semana, de forma que le recoja a la salida del colegio y lo devuelva la madre a las 21 horas del día siguiente.*

En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y Verano acuerde que se dividan en dos períodos, eligiendo la madre los años impares y el padre los pares.

6) Fijar la cantidad a satisfacer por DON Alexis en concepto de alimentos para el hijo menor, la cantidad de TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS (375 # mensuales), cuando el niño se encuentre en compañía de la madre, y cuando el niño se encuentre en compañía del padre la madre deberá contribuir con esta misma cantidad.

Cantidad que se deberá pagar los cinco primeros días de cada mes, en concepto de alimentos para el hijo y que será objeto de revisión anual según el incremento del coste de la vida que publica el Instituto Nacional de Estadística.

7) Se remita de oficio al Registro Civil a fin de anotar la sentencia de divorcio acordada".

Admitida a trámite la demanda fueron emplazados la demandada y el Ministerio Fiscal, alegando el Ministerio Fiscal, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "se dicte sentencia de conformidad con lo probado y acreditado" .

La representación de D^a Bernarda , alegó los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "...dicte sentencia que verse sobre los siguientes extremos:

1.- El divorcio contraído por doña Bernarda y don Alexis .

2.- Fijar la cantidad a satisfacer por D. Alexis en concepto de alimentos para el hijo menor, en la cantidad de 422,90 # mensuales, que deberá ser abonada en los 5 primeros días de cada mes, actualizándose la misma cada primero de enero conforme al incremento experimentado por el índice de Precios al Consumo, que publica el Instituto Nacional de Estadística.

3.- El hijo común del matrimonio continuará bajo la Patria Potestad de ambos Cónyuges.

4.- Se remita oficio al Registro Civil a fin de anotar la Sentencia de Divorcio acordada.

5.- Que se desestimen el resto de las pretensiones solicitadas por el Actor".

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes para la celebración de Vista, la que se celebró en el día y hora señalados, y con asistencia de las partes, practicándose la prueba propuesta por las partes y previamente declarada pertinente, con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Navalcarnero dictó Sentencia, con fecha 27 de junio de 2006 , y con la siguiente parte dispositiva: "ESTIMAR parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de Don Alexis , contra Doña Bernarda y decretar la disolución por DIVORCIO del matrimonio contraído por ambos el día 22 de Enero de 1995, con todos los efectos legales, decretando asimismo como medidas inherentes a tal declaración la disolución del régimen económico matrimonial y la revocación de los consentimientos y poderes que por cualquiera de ellos se hubiera otorgado, estableciéndose las siguientes medidas:

1. La atribución de la guarda y custodia del hijo menor Alexis , a la madre Doña Bernarda , siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2. El establecimiento como pensión de alimentos a favor del hijo menor y a cargo del padre en la cantidad de 422,90 euros mensuales, que se ingresaran por meses anticipados, los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre en la oficina de este Juzgado, actualizándose anualmente conforme al Índice General de Precios al Consumo que apruebe el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

3. El establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre consistente en un fin de semana al mes y dos tardes entre semana, desde que llega el menor de la ruta escolar, para lo cual irá el padre a recogerle, hasta las 21:00 horas, que acaba las clases. En lo que respecta a los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano se dividirán por mitad eligiendo la madre en los años impares y el padre en los pares.

4. La atribución del domicilio conyugal sito en la carretera de Villamanta 0,200 km. de Navalcarnero al padre Don Alexis .

5. *Se mantienen el resto de las medidas de la Sentencia de separación de fecha 1 de septiembre de 2001, relativas a los gastos extraordinarios y a la inexistencia de pensión compensatoria para ninguno de los cónyuges.*

No procede condena en costa para ninguna de las partes.

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Bernarda Sustanciada la apelación, la Sección 24^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 25 de octubre de 2007 , con el siguiente fallo: " *Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D^a. Bernarda representada por la Procuradora D^a Gema Pinto Campos, contra la sentencia de fecha 27 de junio de 2006, del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Navalcarnero ; dictada en proceso sobre divorcio número 708/05 ; seguido con D. Alexis , representado por el Procurador D. Angel Donaire Gómez, 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. D^a Bernarda representada por la Procuradora D^a Gema Pinto Campos, formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Con fundamento en el *artículo 477.2.3º de la Ley de Ritos* , por error interpretativo e infracción en la aplicación del *artículo 96 del Código civil* .

Segundo: Con fundamento en el *artículo 477.2.3º de la Ley de Ritos* , por error interpretativo y en la aplicación de los *artículos 90 y 94 del Código civil* y vulneración de la doctrina jurisprudencial concordante.

Con fecha 26 de mayo de 2009, esta Sala dictó resolución cuya parte dispositiva contiene los particulares del tenor literal siguiente: *1º) NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D^a. Bernarda , respecto a la infracción alegada en el motivo segundo del escrito de preparación. 2º) ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D^a. Bernarda , respecto a la infracción alegada en el motivo primero del escrito de preparación. 3º) Y entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, así como al Ministerio Fiscal para que formalice su oposición por escrito en el plazo de VEINTE DÍAS , durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.*

CUARTO. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. José Angel Donaire Gómez, en nombre y representación de D. Alexis , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el de 3 de marzo dos mil once, 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 en lo que afecta al recurso.

1º D. Alexis y D^a Bernarda contrajeron matrimonio en 1995. Tenían un hijo menor de edad en el momento de presentar la demanda de divorcio.

2º El matrimonio había obtenido la separación en el año 2001.

3º En la demanda de divorcio, el marido, D. Alexis , pidió, entre otras cuestiones y en lo que afecta al actual recurso, el uso del domicilio familiar, que se había atribuido a la madre en la sentencia de separación, dado que ésta vivía con su nueva pareja y su hijo en una casa adquirida por ambos.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 1 de Navalcarnero, de 27 junio 2006 , decretó el divorcio y en relación a la vivienda y de acuerdo con las pruebas, declaró que "[...] atendiendo al

interés más necesitado de protección, que no es otro que el del menor, y acreditado por todo lo anterior que la demandada vive junto con su hijo desde al menos junio de 2005 en el domicilio sito en [...], y no estando acreditadas las obras a las que se refiere la demandada, es procedente que la vivienda se atribuya al actor".

5º Apeló Dª Bernarda . La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 25 octubre 2007 , desestimó el recurso de apelación. En un escueto fundamento señaló que *"procede desestimar este motivo del recurso por cuanto está acreditado en autos y perfectamente descrito por el órgano a quo, que el domicilio familiar en el caso está abandonado por la Sra. Bernarda y su hijo; que viven en el de la pareja actual de la apelante, como ella misma reconoce en su contestación a la demanda [...], no siendo de recibo las argumentaciones dadas, pues resulta que el domicilio familiar sí es habitable para otras personas".*

6º Dª Bernarda interpuso recurso de casación, en base al *Art. 477.2, 3 LEC* , por la vía del interés casacional. Se inadmitió el segundo de los motivos, fundado en la infracción de la doctrina de esta Sala porque se citaba únicamente una sentencia del Tribunal Supremo, que no es suficiente para justificar el interés casacional, que requiere la cita de al menos dos sentencias.

La parte recurrida ha formulado la correspondiente oposición al recurso. Figura asimismo la impugnación del Ministerio Fiscal, que interesa la desestimación del único motivo admitido.

SEGUNDO. *Motivo primero y único.* Error interpretativo e infracción en la aplicación del *Art. 96 CC* , resolviendo la sentencia recurrida sobre cuestiones en las que hay jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. La decisión supone una merma fundamental del derecho del menor a disfrutar del domicilio conyugal. Los pronunciamientos son contradictorios, pues aunque se otorga la guarda y custodia a la madre, se les priva del uso y disfrute del domicilio. Ello genera desprotección y una situación de desamparo, ya que la recurrente carece de bienes cuyo uso sea la vivienda. Aporta como sentencias de comparación las de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10, de 7 marzo 2007 y 23 mayo 2005 , que defienden la atribución de la vivienda al menor, y en contra, las de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 25 septiembre 2003 y 25 octubre 2007.

El motivo se desestima.

El único motivo del recurso formulado por interés casacional, pretende que se declare una doctrina contradictoria con las reglas que rigen esta materia en el *art. 96 CC* . Dicha norma tiene como finalidad la protección del interés del menor, que, debe recordarse, establece que a falta de acuerdo entre los progenitores, el uso "corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden". Esta norma está en relación con la condición de menores de los hijos a los que se atribuye el uso de la vivienda y requieren la actuación protectora de la patria potestad.

Por lo tanto, el *art. 96.1 CC* atribuye el derecho al uso al hijo menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el *art. 154, 2. 1º CC* . El *art. 96.1 CC* presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, normalmente propietarios de la vivienda familiar, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia precisamente como titular de la obligación que le impone el *art. 154, 2.1 CC* .

TERCERO . Dicho lo anterior, cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. Como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el *art. 96* , ni en el *art. 7 CC* .

Es por ello que no debe declararse la concurrencia del interés casacional. Es cierto que las sentencias aportadas por la recurrente sientan la doctrina a la que según ella se opone la sentencia recurrida, pero se trata de casos absolutamente distintos al que constituye el supuesto del recurso.

CUARTO . La desestimación del único motivo del recurso de casación formulado por la

representación procesal de D^a Bernarda contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 25 octubre 2007 , determina la de su recurso de casación.

Se imponen a la recurrente las costas del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el *art. 398 LEC* .

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

FALLAMOS

1º.- Desestimar el recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Bernarda contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24, de 25 octubre 2007 .

2º.- Confirmar con este alcance la sentencia recurrida.

3º.- Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

4º.- Líbrese 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 .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. 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.