

Roj: STS 2672/2011
 Id Cendoj: 28079110012011100277
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 2176/2008
 Nº de Resolución: 236/2011
 Procedimiento: Casación
 Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x DIVORCIO x
- x USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR x
- x MENOR DE EDAD x
- x INTERÉS DEL MENOR x

Resumen:

Atribución temporal de la vivienda familiar. Interés del menor. Tal atribución del uso 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 la ley.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril de dos mil once.

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 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso, seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Dª Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de Dª. Agustina ; siendo parte recurrida la Procuradora Dª Teresa Puente Méndez en nombre y representación de D. Heraclio . Siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora Dª Mª Rosario Alonso Zamorano, en nombre y representación de Dª Agustina , interpuso demanda de divorcio contra D. Heraclio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *estimando la presente demanda, se declare disuelto por divorcio el matrimonio formado por las partes con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y se adopten las siguientes medidas: 1. La guarda y custodia de la futura a hija (sic) a favor de la madre. 2. La patria potestad compartida solo en las cuestiones que excedan de las ordinarias, pues en esta la ostentará el progenitor en cuya compañía se encuentre la hija. 3. El uso y disfrute de la vivienda conyugal a favor de esposa e hija. 4. Como régimen de visitas el padre podrá permanecer en su compañía fines de semana alternos de 10 a 12 de la mañana y de 6 a 8 de la tarde los Sábados y Domingos, durante el periodo de lactancia materna y desde las 10 de la mañana a 8 de la tarde cuando aquella finalice, hasta que la hija cumpla un año, a partir de esa fecha el padre la tendrá en su compañía fines de semana alternos desde las 10 de la mañana del Sábado a las 8 de la tarde del Domingo, y durante la mitad de sus vacaciones laborales, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares. 5. En concepto de pensión de alimentos para la hija del matrimonio se determine la cantidad mensual de 1.800 # mensuales, actualizables anualmente con el índice de Precios al Consumo que deberá ingresar el esposo dentro de los cinco primeros días del mes en la cuenta que la esposa designe al efecto. 6. Los gastos extraordinarios y necesarios, entendiéndose como tales los médicos no cubiertos por la Seguridad Social y los de estudios de la futura hija serán satisfechos por mitad entre los esposos. 7. El pago de la hipoteca que grava el domicilio conyugal por mitad entre los esposos. 8 En concepto de pensión compensatoria para la*

esposa la cantidad de 200 mensuales, durante dos años. Una vez firme la sentencia, se remitirá testimonio de la misma al Registro Civil correspondiente para que se haga anotación marginal en el acta de matrimonio de los litigantes. Todo ello con expresa imposición de las costas del proceso al esposo si se opusiera a la demanda.

2.- La Procuradora D^a M^a Luisa Guillén Zanon, en nombre y representación de D. Heraclio , 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 cual se decrete la disolución del matrimonio por divorcio entre Don Heraclio y doña Agustina , acordando además las siguientes medidas definitivas en la sentencia de divorcio: 1.- Divorcio del matrimonio habido entre Don Heraclio y doña Agustina . 2.- Patria Potestad. Idéntico con el correlativo. 3.- Guarda y custodia: Se acepta la atribución de la Guarda y Custodia sea concedida a la madre, estando conformes con el Régimen de visitas a favor del padre, solicitando esta parte que, las visitas en periodos vacacionales, consistan en la mitad de Navidad, Semana Santa y un mes en el periodo de verano. 4.- - Atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal, a favor de la esposa, con la limitación temporal de la posterior liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales, al poseer dos viviendas en matrimonio, y no haber accedido a una negociación amistosa que se ha intentado por esta parte para adjudicar equitativamente sus haberes. 5.- Pensión de Alimentos para la menor, esta parte está totalmente conforme en establecer una pensión de alimentos para la futura hija, y también se esta conforme con que se establezca conforme a los ingresos inestables de mi representado, pero sobre la realidad económica actual de mi representado y conforme a los criterios de la Audiencia de Valladolid que están entorno al 25 %, fijándola en la cantidad de 850 euros mensuales mas el 50 % de los gastos extraordinarios, cantidad mas que suficiente para cubrir los gastos necesarios para la menor. 6.- Disolución del régimen económico de gananciales, como medida inherente a este procedimiento. 7.- Pensión Compensatoria. Esta parte cree por todo lo expuesto anteriormente, que no se tiene que fijar pensión compensatoria a favor de la esposa Doña Agustina por no cumplir con los requisitos del Código Civil, al ser una mujer joven y con un trabajo bien remunerado y haber durado el matrimonio apenas un año y medio, y no suponer un desequilibrio económico, y menos cuando liquiden su sociedad de gananciales. 8.- Las cargas del matrimonio, créditos, etc. serán sufragadas por mitades por los esposos y todo ello, con expresa imposición en costas a la parte demandante.

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de 1^a Instancia número 3 de Valladolid, dictó sentencia con fecha 16 de octubre de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Estimo parcialmente la demanda deducida por la representación procesal de Agustina frente a Heraclio y acuerdo el Divorcio de los indicados esposos, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas.- Comuníquese esta sentencia al Registro Civil en que conste la inscripción del matrimonio de los sujetos del pleito.- Igualmente se ACUERDAN las siguientes medidas: 1º.- Atribuir la custodia de la menor a la madre con patria potestad compartida en los términos del artículo 156 del Código Civil. 2º.- Atribuir a la madre en calidad de progenitor custodio de la menor el uso de la vivienda que fuera domicilio familiar sito en la localidad de Arroyo de la Encomienda sin el límite temporal que solicita la parte demandada y ello sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los cotitulares, una vez disuelta la Sociedad, al objeto de ajustar sus economías a la nueva situación surgida tras la quiebra del vínculo matrimonial (art. 96 del Código Civil) la carga hipotecaria que grava la vivienda familiar será abonada al 50% por los cotitulares. 3º.-- Régimen de visitas paterno-filial descrito en la demanda, sin perjuicio de poder ser incrementado en ejecución de esta resolución a petición del padre previo informe del equipo psicosocial adscrito al Juzgado. 4º.- Pensión de alimentos para la hija menor de edad de 6000 euros/mes, que el padre abonará por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días en la cuenta que la madre destine al efecto. Cantidad actualizable anualmente con arreglo al I.P.C. Así como el 50% de los gastos extraordinarios médicos-sanitarios no cubiertos por seguro y educacionales que genere la menor. 5º.- Se establece la obligación de efectuar el Inventario del mobiliario y del ajuar doméstico existente en el domicilio familiar. Se atribuye el uso del mobiliario doméstico a la madre e hija no obstante aquellos elementos que exista duplicidad (televisión, frigoríficos) podrá el demandado una vez inventariados destinarlos al uso de su destino desplazándoles al inmueble que constituya su domicilio habitual, si careciera de ellos. 6º.-D.- Heraclio , retirará del domicilio conyugal, previo inventario, sus objetos personales y los de su exclusiva pertenencia. 7º.- Como garantía de cumplimiento de las prestaciones dinerarias detalladas en la parte dispositiva de esta sentencia, en caso de incumplimiento, se adoptarán las medidas de aseguramiento pertinentes. 8º.- No se reconoce Pensión Compensatoria. 9º.- Disolución de la Sociedad Legal de Gananciales. 10º.- Las cargas que gravan la Sociedad legal de Gananciales -Hipotecas de la segunda vivienda- será abonada por el demandado sin perjuicio de ulterior liquidación. 11º.- En aplicación de lo dispuesto en el Artículo 770.7 de la LEC ., dese a las partes información sobre mediación. En fecha 18 de octubre de 2007 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva es como sigue: Se rectifica la sentencia, de 16 de octubre de 2007 , en el sentido de que donde se dice en el FALLO, apartado 4, - Pensión de alimentos para la hija menor de edad de 6000- euros/mes, debe decir, de 600 euros /mes, manteniéndose el

resto de los pronunciamientos.

SEGUNDO .- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de D^a. Agustina y de D. Heraclio , la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 5 de septiembre de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada en los autos del proceso matrimonial de divorcio seguido con el número 167/2.007 ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valladolid, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución en el exclusivo sentido de fijar la pensión alimenticia a cargo del Sr. Heraclio en la cantidad de 800 euros mensuales anualmente actualizables con arreglo al I.P.C. y en el de limitar temporalmente el uso y disfrute de la que fuera vivienda conyugal a la Sra. Agustina y su hija al momento en que se produzca la liquidación de la sociedad ganancial, manteniendo el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida, y todo ello sin hacer expresa condena en las costas procesales causadas en esta segunda instancia.*

TERCERO .- 1 .- La Procuradora D^a M^a Rosario Alonso Zamorano, en nombre y representación de D^a Agustina , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:**

UNICO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Vulneración de la norma jurídica establecida en el artículo 96 del Código civil .

2 .- Por Auto de fecha 21 de abril de 2009 , se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido la Procuradora D^a Teresa Puente Mendez, en nombre y representación de D. Heraclio , presentó escrito de impugnación al recurso. Asimismo, el Ministerio Fiscal, en la representación que ostenta, presentó escrito en el sentido de estimar el recurso de casación interpuesto.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de marzo del 2011, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D^a Agustina y D. Heraclio contrajeron matrimonio el 25 junio 2005; D^a Agustina presentó demanda de divorcio en 2007, haciendo constar que en aquel momento estaba embarazada.

2º En lo que afecta a este recurso, la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Valladolid, de 16 octubre 2007 , acordó: *"Atribuir a la madre en calidad de progenitor custodio de la menor, el uso de la vivienda que fuera domicilio familiar en la localidad de Arroyo de la Encomienda sin el límite temporal que solicita la parte demandada y ello sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los cotitulares, una vez disuelta la sociedad, al objeto de ajustar sus economías a la nueva situación surgida tras la quiebra del vínculo matrimonial (Art. 96 CC .) La carga hipotecaria que grava la vivienda familiar será abonada al 50% por los cotitulares".*

3º Recurrieron en apelación ambos cónyuges. En lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 5 septiembre 2008 , siguió su doctrina habitual y decidió que procedía estimar la pretensión contenida en el recurso presentado por D. Heraclio relativa a la atribución por tiempo limitado del domicilio familiar, *"[...] por cuanto al margen de los acuerdos que libremente y en cualquier momento puedan alcanzarse respecto del que fuera hogar familiar, viene siendo ya criterio reiterado de esta Audiencia Provincial, salvo en supuestos en que dicha medida no resulte oportuna o procedente, el limitar temporalmente el uso y disfrute del que fuera hogar familiar al progenitor custodio al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar y posibilitando así que las economías de ambos ex cónyuges puedan resarcirse con el reparto, adjudicación o venta del referido inmueble ganancial".*

4º Interpone recurso de casación D^a Agustina , al amparo de lo dispuesto en el Art. 477.2,3 LEC , por

presentar la cuestión interés casacional, que fue admitido por auto de esta Sala de 21 abril 2009 .

D. Heraclio formuló oposición al recurso de casación y alegó la falta de interés casacional, por no contemplar las sentencias aportadas el mismo supuesto de hecho resuelto en la sentencia recurrida.

El Ministerio Fiscal propone la estimación del recurso de casación.

SEGUNDO. *Motivo único* . Infracción del *Art. 96 CC* , por establecer una limitación del uso de la vivienda familiar hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, con privación de dicho uso al menor de edad. Entiende la recurrente que se produce una jurisprudencia dispar y contradictoria entre las Audiencias Provinciales. Señala que en este punto existen dos líneas jurisprudenciales: a) la primera contenida en la sentencia impugnada y en las de la misma sección de la Audiencia Provincial de Valladolid (nº 17/2007, de 17 enero ; nº 342/2007, de 15 octubre), que admiten la posibilidad de establecer una limitación temporal en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar al hijo menor, permitiendo que pueda extinguirse este uso siendo menor el hijo y, por tanto, dependiente; b) una segunda línea la identifica la recurrente en las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, 209/2007, de 18 mayo ; 514/2005, de 14 octubre , que cita a su vez otras en el mismo sentido, que consideran imperativa la aplicación del *Art. 96 CC* y entienden que no admite una limitación temporal a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, que pueda suponer la privación de este derecho de uso a los hijos menores.

El motivo se estima.

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.

La sentencia recurrida impone un uso restringido en el tiempo, de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene "al objeto de que al tiempo de la deseable liquidación de la sociedad conyugal se reparta el patrimonio acumulado eliminando la carga que siempre supone el mantenimiento de la vivienda familiar", momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y 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.

Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007 , 22 octubre y 3 diciembre 2008 , entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios.

TERCERO. Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011 , que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto. Debe reiterarse, por tanto, la doctrina declarada en dicha sentencia, que es aplicable a los casos de separación/divorcio de parejas casadas. Dicha doctrina, que se repite, establece 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 .

CUARTO. La estimación del único motivo del recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Agustina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1^a, de 5 septiembre 2008 , determina la de su recurso de casación.

En consecuencia, se casa en parte la sentencia recurrida y debe procederse a reponer en este exclusivo punto la sentencia del Juzgado de 1^a Instancia nº 3 de Valladolid, de 16 octubre 2007 cuyo fallo dice *"2.- Atribuir a la madre en calidad de progenitor custodio de la menor, el uso de la vivienda que fuera domicilio familiar sito en la localidad de Arroyo de la Encomienda sin el límite temporal que solicita la parte demandada y ello sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los cotitulares, una vez disuelta la sociedad, al objeto de ajustar sus economías a la nueva situación surgida tras la quiebra del vínculo matrimonial. (art. 96 CC) La carga hipotecaria que grava la vivienda familiar será abonada al 50% por los cotitulares"*.

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

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Agustina , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1^a, de 5 septiembre 2008, dictada en el rollo de apelación nº 77/08 .

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida, en la parte del fallo que dice "limitar temporalmente el uso y disfrute de la que fuera vivienda conyugal a la Sra. Agustina y su hija al momento en que se produzca la liquidación de la sociedad ganancial".

3º Se repone la medida segunda de la sentencia del Juzgado de 1^a Instancia nº 3 de Valladolid, de 16 octubre 2007 , que dice *"2.- Atribuir a la madre en calidad de progenitor custodio de la menor, el uso de la vivienda que fuera domicilio familiar sito en la localidad de Arroyo de la Encomienda sin el límite temporal que solicita la parte demandada y ello sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los cotitulares, una vez disuelta la sociedad, al objeto de ajustar sus economías a la nueva situación surgida tras la quiebra del vínculo matrimonial. (art. 96 CC) La carga hipotecaria que grava la vivienda familiar será abonada al 50% por los cotitulares"*.

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 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.- Firmado y rubricado. 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.