



Roj: STS 3347/2013
Id Cendoj: 28079110012013100349
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1789/2011
Nº de Resolución: 426/2013
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Junio de dos mil trece.

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 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario 790/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Colmenar Viejo, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Guadalupe , la procuradora doña Isabel Julia Corujo. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros, en nombre y representación de don Cornelio . Es interviniente el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros, en nombre y representación de don Cornelio , interpuso demanda de juicio verbal, contra doña Maria del Guadalupe y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando la demanda se declarare:

Primero.- El divorcio del matrimonio formado por los litigantes.

Segundo.-La pertinencia de las siguientes medidas definitivas.

1.- En relación con la patria potestad sobre el hijo menor. La patria potestad será compartida por ambos progenitores.

2.- En relación con la guarda y custodia del hijo menor. Será atribuida al actor don Cornelio sin perjuicio del régimen de vistas y comunicaciones que se detallan en el apartado siguiente.

3.- En relación con el régimen de visitas y comunicaciones:

a) Régimen de visitas de fin de semana. El progenitor no custodio tendrá a su hijo consigo en fines de semana alternos que principiarán el viernes a las 18 horas, y concluirán el domingo a las 21 horas.

Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana o unida a este por un puente reconocido por la institución donde curse sus estudios, se considerará este periodo agregado al fin de semana, y en su consecuencia procederá la estancia con el progenitor al que corresponda dicho fin de semana.

b) Vacaciones escolares de Navidad y semana Santa. Durante las Navidades el progenitor al que no corresponda la custodia tendrá a su hijo consigo la mitad de dicho periodo correspondiendole, a falta de otro acuerdo distinto entre los comparecientes, la primera mitad los años pares y la segunda mitad los años impares .El primer periodo incluirá Nochebuena, Navidad y fin de año y el segundo periodo incluirá primero de año y Reyes. Aquel a quien no corresponda pasar el día de Reyes con el menor, podrá estar con este entre las 17 y 19 horas del día 6 de enero.

Las vacaciones de Semana Santa las pasará cada año, alternativamente. con uno de sus progenitores, principiando por aquel que no tiene la custodia.

c) Vacaciones de Verano. El menor pasará en compañía del progenitor no custodio un mes ininterrumpido durante las vacaciones estivales. Los años impares escogerá la madre y los años pares el padre. Deberán notificarse la decisión adoptada antes del 1º de Junio de cada año, entendiéndose en otro caso que optan por el mes de Agosto.

d) Durante los períodos de vacaciones quedarán interrumpidas las estancias de fin de semana recogidas en el apartado A).

e) En todo momento el progenitor con el que se encuentren el hijo menor permitirá, facilitará y estimulará la comunicación epistolar, telegráfica y telefónica con el otro padre, siempre que esta última se produzca dentro de horas que no afecten al régimen de vida y educación del hijo común. En tal sentido y para facilitar cualquier relación con aquellos, ambos otorgantes se comunicarán entre sí el lugar de estancia de su hijo y su número de teléfono.

f) En todos los casos el progenitor no custodio recogerá a su hijo en el colegio o en el domicilio familiar y lo entregará en el domicilio familiar.

g) Este régimen de visitas es compatible con cualquier otro que ambos progenitores, de mutuo acuerdo, decidan llevar a cabo, atendiendo en todo momento que el mismo no interfiera en el régimen habitual de vida y escolarización del menor y cuidando que afecte en la menor medida posible al derecho de ambos progenitores a relacionarse con su hijo.

4.- En relación con el domicilio familiar El que fuera domicilio familiar, sito en la finca FINCA000 , no será atribuido a ninguno de los litigantes, ni al hijo común. Se fija como domicilio familiar para que resida el hijo menor del matrimonio en compañía del cónyuge custodio el sito en Madrid, CALLE000 de Villaverde nº NUM000 , NUM001 NUM002) o, alternativamente, se establezca que durante un periodo no superior a tres meses desde la fecha del auto de medidas el menor y el progenitor custodio podrán residir en la casa situada en la FINCA000 y transcurrido dicho plazo deberán abandonar el inmueble fijando su residencia dentro de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el lugar de ésta que consideren más conveniente.

5.- En relación con la pensión de alimentos del hijo común. Gastos extraordinarios forma de pago y actualización El progenitor no custodio, en concepto de alimentos, satisfará la cantidad de MIL DOSCIENTOS EUROS (1.200.- euros) mensuales, durante doce meses al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes. Esta pensión será abonada en la cuenta corriente designada por el progenitor custodio y actualizada con carácter anual con arreglo a las fluctuaciones del índice de Precios de Consumo. Los gastos extraordinarios de obligado cumplimiento, serán satisfechos por iguales y mitades partes por ambos progenitores, siendo el Juzgado quien resuelva en caso de discrepancia sobre la pertinencia del gasto y su importe.

6.- En relación con la pensión compensatoria. No procede al no producir el divorcio desequilibrio para ninguno de los contrayentes del matrimonio cuya disolución se insta.

7.- En relación con la liquidación del régimen económico matrimonial Se difiere para el trámite de ejecución de sentencia, sin perjuicio de la fijación de las siguientes bases, tendentes a la conservación del haber común. Las rentas e ingresos procedentes del haber común serán distribuidas por ambos por mitades iguales. Las rentas que se perciban de los arrendamientos de los bienes comunes serán ingresadas en una cuenta común, la de FIRICAISIN S.L. o en otra abierta a nombre de ambos, que deberá resultar operativa con la firma mancomunada de los dos esposos. En esta cuenta se deberán domiciliar los pagos de suministros de La Rocina relativos a la sociedad, tales como recibo de hipoteca, IBI, consumo de energía eléctrica y similares. Y con carácter mensual efectuar ante el Juzgado la oportuna liquidación de ingresos y gastos.

3º.- La imposición de las costas procesales a la demandada, si temerariamente se opusiera a esta demanda.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda. Alegó los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Maria del Mar Pinto Ruiz, en nombre y representación de doña Guadalupe , 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 que:

A) Allanarse y dar su conformidad al dictado de una Sentencia que estime las siguientes peticiones del esposo:

1. La petición principal de disolución del matrimonio por divorcio, con los efectos legales inherentes a tal declaración, en especial, el cese de la obligación de convivir en el mismo domicilio y la revocación de todos los poderes y consentimientos que los cónyuges se hayan otorgado.

2. La petición, como medida del divorcio, de atribución de la patria potestad a ambos progenitores.

3. La petición, como medida del divorcio, de no establecimiento de una pensión compensatoria a favor de la esposa Doña Guadalupe .

4. La petición, como medida del divorcio, de disolución del régimen económico matrimonial.

B) Solicitar el dictado de una Sentencia mediante la que se estimen las siguientes medidas o efectos derivados de la disolución por causa de divorcio del matrimonio de doña Guadalupe y Don Cornelio :

1. La atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad Luis Alberto a la madre Doña Guadalupe .

2. La atribución del uso y disfrute del domicilio conyugal sito en CAMINO000 , FINCA000 , carretera NUM003 Colmenar-Guadalix, de Colmenar Viejo (Madrid), al hijo menor de edad Luis Alberto y a la madre Doña Guadalupe bajo cuya guarda y custodia queda. El derecho de uso del domicilio conyugal concedido al hijo Luis Alberto y a la madre doña Guadalupe será anotado en el correspondiente Registro de la Propiedad.

3. El establecimiento a favor del padre Don Cornelio del siguiente régimen de visitas y comunicación con el hijo Luis Alberto :

a) Fines de semana. EL padre podrá consigo al hijo los fines de Semana alternos con pernocta, desde la hora de salida del colegio el viernes hasta las 20,00 horas del domingo, devolviéndolo al domicilio de la madre.

b) Vacaciones escolares: El padre podrá tener al hijo consigo durante las vacaciones escolares en la forma siguiente:

- Navidad: La mitad de estas vacaciones escolares, que se dividen en dos períodos. Desde el día de inicio de las vacaciones en diciembre hasta el 30 de diciembre en los años pares y desde el 30 de diciembre hasta la víspera del día de reanudación del curso en enero en los años impares.

- Semana Santa: La mitad de estas vacaciones, que se dividen en dos periodos. Desde el día de su inicio hasta el Miércoles Santo en los años pares y desde ese día hasta el Domingo de Resurrección en los años impares.

- Verano: Las vacaciones de verano se dividirán en período quincenales. Las quincenas de cada mes, desde 1 de julio hasta el 15 de julio, desde 01 de agosto hasta el 15 de agosto y desde el 01 de septiembre hasta la víspera del primer día de comienzo del curso escolar de septiembre en los años pares y desde el último día de finalización del curso escolar de junio hasta el 30 de junio, desde el día el 15 de julio hasta el 31 de julio desde el 15 de agosto hasta el 31 de agosto en los años impares.

4. El establecimiento con cargo al padre de una pensión alimenticia a favor de su hijo menor de edad en la cantidad de 2.500,00# (dos mil quinientos euros) mensuales, que se pagará por doce meses, dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe la madre del menor y se actualizará anualmente con arreglo al Índice de Precios al Consumo que emite el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Asimismo, el abono del 50% de los gastos extraordinarios que afecten al menor.

5. La fijación con cargo al padre de una como contribución a las cargas familiares en la mitad del importe de las cuotas de los préstamos hipotecarios de la sociedad ganancial, importe que se ingresará en la cuenta bancaria donde estén domiciliados los pagos, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en evitación de situaciones de impago o de morosidad.

6. La atribución a la esposa Doña Guadalupe de la gestión y administración de la sociedad ganancial.

Todo ello sin hacer expresa mención sobre las costas procesales dada la conformidad de la demandada con las peticiones formuladas por el demandado y asimismo, en consideración a la naturaleza especial de los procesos de familia.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número uno de Colmenar Viejo, dictó sentencia con fecha 11 de junio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDA presentada por don Cornelio representado por el Procurador don Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros, contra doña Guadalupe , representada por la Procuradora doña María*

del Mar Pinto Ruiz, declaro la **DISOLUCIÓN POR DIVORCIO DEL MATRIMONIO** contraído por ambos y **DETERMINO COMO EFECTOS O MEDIDAS REGULADORES** los siguientes:

PRIMERA.- Mantengo la guarda y custodia de Luis Alberto , hijo del matrimonio, menor de edad, en favor de la madre, doña Guadalupe , compartiendo ambos progenitores la patria potestad.

SEGUNDA.- Atribuyo el uso y disfrute del domicilio familiar, sito en la FINCA000 , situada en Colmenar viejo, a Luis Alberto y a doña Guadalupe , en el que permanecerá el mobiliario y ajuar doméstico. Atribuyo el uso y disfrute de la vivienda propiedad de los litigantes sita en la CALLE000 Villaverde nº NUM000 piso NUM001 NUM002 de Madrid a don Cornelio .

TERCERA.- En caso de falta de acuerdo entre los progenitores, don Cornelio tendrá consigo al menor los fines de semana alternos desde la salida del centro escolar hasta el domingo a las 20 horas, con recogida por el padre en el propio centro escolar y entrega en el domicilio materno, con unión de las festividades inmediatamente - anterior o posterior al fin de semana o unidas al mismo por un puente reconocido por el centro escolar. Asimismo don Cornelio tendrá consigo a su hijo durante una tarde de martes a jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas que, en caso de desacuerdo, será la de los miércoles. siempre que las obligaciones escolares o las actividades extraescolares -éstas decididas previamente de común acuerdo por ambos progenitores- lo permitan.

CUARTA.- En las vacaciones escolares el padre tendrá consigo al menor los siguientes periodos: en Navidad los años pares desde la salida del colegio o las 18 horas en el domicilio materno del día de inicio de las vacaciones en diciembre hasta las 20 horas del 30 de diciembre y los años impares desde el 30 de diciembre hasta la víspera de la reanudación del curso en enero; en Semana Santa en los años pares desde la salida del colegio o las 18 horas en el domicilio materno del día de inicio hasta el Miércoles Santo y en los años impares desde ese día hasta el Domingo de Resurrección a las 20 horas con reintegro en el domicilio materno; en verano por quincenas de cada mes, en los años pares desde las 18 horas del 1 de julio hasta las 20 horas del 15 de julio, desde el 1 al 15 de agosto y desde el 1 de septiembre al día anterior al comienzo del curso escolar con recogida y entrega en el domicilio materno a las 18 y a las 20 horas, respectivamente, y en los años impares desde el último día de clase con recogida en el colegio a la hora de salida o a las 18 horas en el domicilio materno al 30 de junio del 15 al 31 de julio y desde el 15 al 31 de agosto, con recogida a las 18 horas y entrega a las 20 horas.

QUINTA.- Como contribución al sostenimiento de las cargas familiares el Sr. Cornelio pagará una pensión de alimentos a favor de su hijo por importe de 1.500 euros mensuales, Con revalorización anual conforme al índice de precios de Consumo cada uno de enero, que ingresará dentro de los cinco días de cada mes en la cuenta designada por doña Guadalupe . Cada progenitor pagará la mitad de los gastos extraordinarios médicos no cubiertos por el Sistema Nacional de Salud o Seguro privado que pudieran haber concertado y educativos que resulten justificados y se documenten. También abonarán por mitad los créditos que mantiene la sociedad conyugal hasta la disolución de la misma y los impuestos que graven las propiedades de la sociedad conyugal. Los gastos corrientes de la vivienda conyugal serán abonados por doña Guadalupe y los de la vivienda habitada por el Sr. Cornelio por éste. A estos efectos se entenderán por gastos de la vivienda exclusivamente los generados por la edificación habitada por doña Guadalupe y su hijo que puedan ser individualizados o separados del resto de los gastos de la finca, gastos éstos que seguirán cubriéndose como se ha venido haciendo hasta el momento.

No procede condena en costas o fijación de litis expensas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Cornelio , la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 10 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que estimando parcialmente el reverso de apelación formulado por don Cornelio , y desestimando el deducido por doña Guadalupe , ambos contra la Sentencia dictada, en fecha 11 de junio de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Colmenar Viejo , en procedimiento de divorcio seguido bajo el nº 790/2008, debemos acordar y acordamos la adopción de las siguientes medidas que sustituirán, en lo necesario, a las establecidas en dicha resolución:

-El uso del domicilio familiar atribuido en pro del hijo y de la progenitora custodia, de no haberse producido antes la liquidación del patrimonio común, mantendrá su vigencia, como máximo, durante tres años, computados desde la fecha de esta resolución.

Producida tal coyuntura temporal, sin haberse concluido las citadas operaciones liquidatorias, la Sra. Guadalupe podrá, si a su derecho conviniere, ocupar, en unión del hijo, la vivienda de titularidad común

ubicada en la CALLE000 VI NUM000 , NUM001 NUM002 , de Madrid, que entonces deberá abandonar el esposo, quién no podrá instalarse, a fin de cubrir la necesidad de alojamiento en el que fue domicilio familiar.

-Los bienes y derechos que integran la sociedad de gananciales y el patrimonio común, con excepción de las referidas viviendas, quedarán bajo la administración conjunta de ambos litigantes, y ello sin perjuicio de la posibilidad de nombrar un administrador judicial conforme a lo expuesto en el sexto fundamento jurídico de esta resolución.

Se confirman todos los demás pronunciamientos contenidos en la resolución impugnada y en especial, al ser objeto del recurso, los relativos a custodia, régimen de visitas, alimentos y uso de la vivienda sita en Madrid sin perjuicio, respecto de esta última medida, de lo anteriormente expuesto.

Todo ello sin hacer especial condena en las costas del recurso.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Guadalupe , con apoyo en los siguientes **MOTIVOS PRIMERO** .- Al amparo del ordinal 3º del art. 477.2 de la LEC 2000 , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. En concreto el escrito de interposición se articula en tres motivos de casación. En el **MOTIVO PRIMERO.-** Alega como precepto legal infringido el art. 2 de la Ley Orgánica 1196, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. En el **MOTIVO SEGUNDO.-** Se alega la infracción de los arts. 96 , 142 y 154 del Código Civil . Y en el **MOTIVO TERCERO.-** Se alega la infracción del art. 96 del Código Civil . La parte recurrente alega como fundamento de su recurso la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo efecto cita las Sentencias de esta Sala de fechas 1 de abril de 2011 , 14 de abril de 2011 y 21 de junio de 2011 las cuales establecen 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, estableciendo que el art. 96.1 del Código Civil es una regla taxativa que no permite interpretaciones temporales limitadoras, no pudiendo limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre la vivienda. Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido vulnerada por la resolución recurrida, en tanto que establece una limitación temporal de la vivienda no permitida por la ley puesto que una vez extinguido el derecho el hijo sigue siendo menor de edad con la consiguiente vulneración de los derechos del menor. Igualmente se alega la existencia de interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre la misma cuestión.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 24 de enero de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Andres Figueroa Espinosa de los Monteros, en nombre y representación de don Cornelio , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando apoyar en su totalidad el recurso interpuesto.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día cinco de junio del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Antonio Seijas Quintana,**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El pronunciamiento de la sentencia que ahora se recurre en casación es el relativo al uso de la vivienda familiar que, en aplicación del artículo 96 del CC , se determina a favor del hijo -nacido en abril de 1997- y de la progenitora custodia de la siguiente forma:

"...ha quedado cumplidamente acreditado que el domicilio sede de la vida familiar quedó establecido, desde antes del nacimiento del hijo, en la vivienda construida en la denominada FINCA000 ", ubicada en el CAMINO000 , del término municipal de Colmenar Viejo. Y sobre dicha base fáctica, la asignación del derecho de uso que se realiza en la resolución apelada ha de reputarse ajustada a las previsiones del antedicho precepto.

No puede, sin embargo, dejar de valorarse que dicho inmueble se asienta en una finca de unas siete hectáreas de efectiva extensión, resultante de la agrupación física de dos fincas registrales, una de ellas de titularidad ganancial, en tanto que la otra figura a nombre de una sociedad cuyas participaciones se reparten

de modo igualitario entre ambos cónyuges. En dicha finca agrupada se ubican una serie de instalaciones, tales como otra vivienda prefabricada, club social con restaurante, naves, pistas, cuadras de caballos, etcétera, que se encuentran arrendadas a terceros.

Según el documento incorporado a los folios 72 y siguientes de las actuaciones, dicha finca, aunque resulta de difícil valoración, podría alcanzar, por sus dimensiones, instalaciones y potencial, un precio de mercado de 12 millones de euros.

Como viene manteniendo esta Sala, la atribución preferente que sanciona el referido artículo 96-1 C.C ., no puede, en determinados supuestos, condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio, le reconoce el artículo 348 C.C ., ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya a los fines de lograr, en un plazo razonable, la efectiva, que no meramente formal o nominal, liquidación del patrimonio común.

En el caso que examinamos, la titularidad del domicilio familiar se integra, sin desglose jurídico-registral, dentro de la correspondiente a la globalidad de la finca, en la que, de otro lado, sus diversas instalaciones se enmarcan de modo indistinto y confundido en las dos finca registrales existentes, con la diversa titularidad referida, lo que hace sumamente difícil, cuando no inviable, la liquidación del patrimonio común, desglosando del mismo la citada vivienda.

Ha de tenerse en cuenta que, aunque el hijo común expone su deseo de mantener dicho entorno habitacional a fin de cubrir sus necesidades cotidianas de alojamiento y ocio, ello, en el referido aspecto patrimonial, no puede perjudicar por largo o indefinido lapso temporal los intereses, también legítimos, del progenitor no custodio, considerando además que el valor de la finca ha de permitir, mediante su enajenación futura y distribución del precio entre ambos litigantes, dotar al menor de otra vivienda de, al menos, el mismo nivel, aunque ello le prive de la utilización de las demás instalaciones y anejos que no son imprescindibles para cubrir sus necesidades de alojamiento.

Por lo cual, y aún manteniendo la medida adoptada por el Juzgado, procede limitar el derecho de uso concedido a un período máximo de tres años, computados desde la fecha de esta resolución, de no haberse procedido con anterioridad a la liquidación del patrimonio común.

En tal coyuntura, el menor y la madre deberán desalojar el citado inmueble, a fin de facilitar las operaciones divisorias, pudiendo ocupar, a fin de cubrir las necesidades cotidianas de alojamiento del hijo, la vivienda de titularidad común ubicada en la CALLE000 Villaverde de Madrid, tal como ofrece el actor a través de su escrito de demanda".

El recurso de casación lo formula en interés casacional Doña Isabel Julio Corujo. De los tres motivos únicamente se va analizar el segundo por oposición de la sentencia a la doctrina de esta Sala, por cuanto los otros dos tienen que ver con el interés del menor y con la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. El primero porque el interés del menor ya viene valorado en las sentencias que se citan. El segundo porque ya existe jurisprudencia de esta sala sobre la cuestión que ahora se plantea.

Al recurso se ha adherido el Ministerio Fiscal con el argumento de que no aplica la doctrina jurisprudencial relativa al artículo 96 y que impone un uso, restringido en el tiempo, de la vivienda familiar y no resuelve la cuestión suscitada en base al interés del menor.

El recurso se desestima.

La STS 221/2011, de 1 de abril, en un recurso interpuesto por interés casacional, formuló la doctrina que se reproduce: "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 ". Esta doctrina ha sido aplicada en sentencias posteriores, como la 236/2011, de 14 abril, 257/2012, de 26 abril y 499/2012 de 13 de julio .

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.

Como dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011 , 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, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1.

Lo que pretende, por tanto, el artículo 96 del CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.

Ahora bien, 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; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat , que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (SSTS 10 de octubre 2011 ; 5 de noviembre de 2012).

Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se bloquea la normal disposición del patrimonio común de ambos cónyuges impidiendo una cobertura económica mayor, no solo en favor de los hijos, sino de los propios padres que han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación de real incertidumbre.

Ocurre así en el caso presente en que marido y mujer son propietarios de una vivienda en la que se aloja el esposo y titulares de un patrimonio importante en el que se ubica la vivienda familiar. Mantener durante tres años al hijo y a su madre en esta vivienda para pasar luego a la otra en modo alguno vulnera ni el interés del menor (próximo a cumplir la mayoría de edad cuando concluya el periodo), ni mucho menos la jurisprudencia que se dice infringida y que está amparada en una situación distinta en la que la limitación del uso puede dejar al hijo menor en un escenario de absoluta incertidumbre sobre su alojamiento, lo que no ocurre en este caso en que esta limitación temporal se complementa con la atribución de otro domicilio a partir del tercer año en que se dicta la sentencia. No puede soslayarse que el domicilio familiar conlleva el uso de una finca de siete hectáreas e impide la disposición un patrimonio común importante que afectará necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges, sin merma del interés legítimo de un hijo que conoce la nueva casa, por ser la de su padre, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, y que transcurridos los tres años de uso se enfrentará a una situación escolar y de relaciones distinta de la que ahora disfruta.

La atribución del uso al menor y al progenitor, precisan las SSTS de 29 de marzo de 2011 y 5 de noviembre de 2012 , "se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7 CC ".

TERCERO.- Se desestima el recurso y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



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

FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación formulado por la Procuradora doña Isabel Julia Corujo, en la representación que acredita de doña Guadalupe , contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimo segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, de 10 de junio de 2011 , con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan .Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno.Firmado y Rubricado** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**, 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ