Roj:	STS 2133/2014
Id Cendoj:	28079110012014100241
Órgano:	Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede:	Madrid
Sección:	1
Nº de Recurso:	3291/2012
Nº de Resolución:	297/2014
Procedimiento:	Casación
Ponente:	JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución:	Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Junio de dos mil catorce.

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 Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, como consecuencia de autos de juicio de divorcio nº 691/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valladolid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el Ministerio Fiscal. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Miguel Angel del Alamo García, en nombre y representación de doña Filomena .No ha comparecido don Apolonio .

ANTECEDENTES DE HECHO

***PRIMERO* .- 1.-** La procuradora doña Ana Teresa Cuesta de Diego, en nombre y representación de doña Filomena interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Apolonio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

1.- Decretar el divorcio del matrimonio formado por mi mandante y D. Apolonio , con disolución de la sociedad legal de gananciales.

2.- Establecer la patria potestad de los hijos menores del matrimonio, Carmelo y Cesareo , de modo compartido a ambos progenitores, atribuyendo la guarda y custodia de los menores a su madre Da. Filomena , y estableciendo el siguiente régimen de a favor del padre:

- Fines de semana alternos, desde las 19:00 h del viernes hasta las 20:30 del domingo.

- Mitad de vacaciones de Semana Santa y Navidad, atendiendo al calendario escolar de los menores. La elección la tomará los años impares la madre, y los pares el padre, en caso de existir discrepancia entre ellos y siempre comunicándolo con la suficiente antelación.

-Un mes durante el período de vacaciones de verano, correspondiente a los meses de julio y agosto, dividido en dos periodos de 15 días no consecutivos. En caso de desacuerdo, la madre elegirá los años impares y el padre los pares, también preavisado con suficiente antelación.

Atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar a los hijos del matrimonio y a la madre custodia, quien se hará cargo de los gastos de uso de la misma, abonando las partes al 50% los gastos hipotecario y resto de gastos consecuencia de la propiedad de la vivienda.

Establecer una pensión de alimentos de 800,00# mensuales a favor de los hijos del matrimonio y a cargo del padre, a razón de 400,00# para cada uno de ellos, que será ingresada dentro de los 5 primeros días de cada mes en la cuenta que designe la esposa, y que se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC. Los gastos extraordinarios (gastos médicos o quirúrgicos necesarios no cubiertos por seguro, las matrículas, los libros de texto, uniformes y las actividades educativas de carácter previamente consensuadas por ambos progenitores) serán abonadas por los progenitores por mitad.

Todo ello con expresa imposición de costas al demandado en caso de oponerse temerariamente.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando 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.- El procurador don Iñigo Llanos González, en nombre y representación de don Apolonio , 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:

- La patria potestad será ejercida por el padre y la madre, tal y como dispone el artículo 156 del CC , por lo que, cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa o indirectamente a los hijos, serán consultadas y decididas por ambos progenitores, siempre en vigilancia del interés y beneficio de los menores.

- La guarda y custodia de los menores deberá ser atribuida a ambos progenitores de manera alternativa durante 1 mes cada uno, debiendo conservar la casa y saliendo el progenitor al que no le corresponda ese mes del hogar familiar, y subsidiariamente a mi representado.

- Régimen de visitas: dada la perfecta relación paterno-filial, y que ambos hijos son menores de edad se establezca un régimen de visitas que se concreta, independientemente de si la guardia y custodia es compartida o a uno solo de los cónyuges:

- Los fines de semanas alternos, desde las 15.00 horas del viernes a la salida del colegio hasta las 8 horas del lunes, que lo dejarán en el colegio, notando de esta manera lo menos posible la separación.

- La mitad de las vacaciones de Navidad, que se distribuirán en dos partes coincidiendo su iniciación y terminación con el calendario escolar; las fechas en las que las menores estarán con sus progenitores serán elegidas por el padre en los años pares y por la madre en los impares, independientemente de que haya guardia y custodia compartida o no.

- La mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, que también se distribuirá en dos periodos iguales, eligiendo en la misma forma establecida en el párrafo anterior.

- Las vacaciones de verano serán disfrutadas de manera que a cada progenitor le corresponderá un mes de vacaciones con sus hijas, eligiendo el padre el mes de disfrute con sus hijos en los años pares y la madre en los impares.

- El lugar de recogida y entrega de los hijos será en cada momento el colegio y subsidiariamente el domicilio familiar. A diario será en el domicilio familiar.

- Cualquiera de los dos podrá visitar a los menores o ser visitado por estos en supuestos de imposibilidad física, por causa de enfermedad u otra semejante, acudiendo diariamente y durante una hora al lugar en el que el imposibilitado se encuentre.

- A diario los miércoles tanto haya guardia y custodia compartida, como se le conceda al padre, podrá el cónyuge, con el que no estén los niños visitar a los niños y disfrutar de estos desde la salida del Colegio hasta las 20 horas, debiendo entregar a los niños en el domicilio familiar.

- Por último, las celebraciones correspondientes al día del padre y al día de la madre serán disfrutadas íntegramente por los menores con el progenitor en que se celebre su día, aunque fuere festivo o fin de semana, pero sin alterarse el régimen quincenal previsto. Los cumpleaños de los padres serán disfrutados por los menores con el que celebre su onomástica, sin alterar el turno habitual. Los cumpleaños de los menores serán disfrutados con el progenitor que le corresponda ese día en turno normal, pudiendo el otro permanecer tres horas en su compañía independientemente de que sea festivo o lectivo. En cuanto al dia de Reyes, estarán por la mañana hasta las 13 horas con el progenitor al que corresponda por turno y desde las 13 horas hasta las 20 con el otro progenitor

- Uso y disfrute del domicilio familiar: se solicita que se atribuya el uso de la vivienda familiar ambos cónyuges y a los dos hijos hasta la liquidación de gananciales, y subsidiariamente a mi representado debiendo ser los gastos de comunidad abonados por aquel al que conceda la guardia y custodia, o por aquel que use la casa en cada momento y el IBI y las derramas al 50%, en cualquiera de los casos.

- Uso del almacén de la casa. Independiente de que la guardia sea compartida, o a uno de los dos cónyuges, se deje y facilite el uso del almacén, sito en el garaje del domicilio familiar, abonando este los gastos que genere pues lo contrario ocasionaría todavía un mayor perjuicio económico, ya que este es independiente de la casa, y se podría cerrar la puerta de abajo desde dentro para que no se entrase.

- Pensión de alimentos teniendo en cuenta que los hijos de ambos son menores. Se solicita pensión de alimentos de CUATROCIENTOS EUROS MENSUALES (400 #) por cada hijo que deberá actualizarse todos los 1 de enero de acuerdo con lo publicado oficialmente y relativo al año natural inmediatamente antes y en caso de que se conceda a la madre la guardia y custodia la cantidad de 100# por cada hijo. Total 200 # al mes atendiendo a los ingresos de mi representado.

Los padres pagarán por mitad e iguales partes los gastos extraordinarios de campamentos, actividades extraescolares, enfermedades, tratamiento médicos y asistencia farmacéutica de sus hijos en el caso de que no vengan cubiertas por el Sistema Nacional de la Seguridad Social, por los seguros privados que puedan tener concertados o porque así lo acuerden previamente por escrito. A estos efectos, no se consideran gastos extraordinarios los derivados del desarrollo de actividades escolares, tales como el pago del colegio de libros transporte escolar y uniformes.

La obligación de pagar los gastos extraordinarios subsistirá junto con la de alimentos, extinguiéndose cuando lo haga aquélla, debiendo avisarse siempre por escrito de manera fehaciente el uno al otro cuando haya de realizarse dicho gasto y entendiéndose que se autoriza el mismo si en el plazo de 1 mes desde que se pidió el consentimiento no se ha dicho nada en contrario.

- Cargas familiares Existiendo un crédito hipotecario respecto de la casa se abonará por ambos cónyuges en partes iguales, 278 # del 1 al 5 de cada mes. Lo que supone en caso de que no se de la guardia y custodia, que mi cliente tenga los siguientes gastos 278 # hipoteca más 200 # de la pensión de alimentos, total gastos 478 euros a lo que habría que añadir 350 # del alquiler de la casa, que mi representado no pudiese subsistir, si además tuviese que alquilar una nave para su actividad como autónomo.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Valladolid, dictó sentencia con fecha 14 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO Que estimando en parte la demanda interpuesta por al procuradora Sra. Ana Teresa Cuesta de Diego en nombre y representación de Dª Filomena frente a D. Apolonio , siendo parte el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro la disolución por causa de DIVORCIO del matrimonio de los expresados celebrado en Valladolid el día de octubre de 1999 con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y en especial los siguientes:*

A) Queda disuelta la sociedad ganancial.

B) Sin perjuicio de la titularidad conjunta de la patria potestad, la guarda-custodia de los hijos menores de edad se otorga a la madre con el régimen de visitas con el padre detallado en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia, acordando seguimiento semestral por el Equipo Psicosocial del Juzgado.

C) Se atribuye a la actora el derecho de uso exclusivo del domicilio conyugal, con anejos, sito en Valladolid Calle Atlanta n° 35, debiendo salir el esposo de la vivienda en plazo máximo de 10 días naturales desde la notificación de esta sentencia. La actora abonara en exclusiva el coste de los suministros de esta casa junto con las cuotas ordinarias de comunidad de propietarios si las hubiere sin repercutir estos pagos al liquidar la sociedad ganancial.

D) Las partes pagaran por mitad las cuotas de hipoteca que grava la vivienda conyugal, los impuestos que afecten a este inmueble y derramas extraordinarias si las hubiere pudiendo repercutir estos abonos al liquidar la sociedad ganancial.

E) D. Apolonio abonará de pensión de alimentos de los dos hijos 300 # al mes (150 # mes por cada hijo) que ingresará dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que designe Doña. Filomena . Esta cantidad sometida a actualización anual del IPC.

F) Los progenitores pagaran por mitad los gastos extraordinarios de los hijos con el contenido y forma indicados en el fundamento segundo de esta sentencia.

G) No procede adoptar otras medidas solicitadas.

No procede hacer especial pronunciamiento sobre costas procesales.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Filomena y de don Apolonio la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 5 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto a nombre de doña Filomena y de igual modo el formulado a nombre de don Apolonio contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado nº 10 de Valladolid en fecha 14 febrero*

de 2012 , en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la aludida resolución en los particulares siguientes:

- El periodo vacacional estival de los menores se reparte de manera igualitaria entre los progenitores por periodos de quince días seguidos no consecutivos.

- El uso de la vivienda familiar se asigna a esposa e hijos hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales con un límite máximo de 5 años.

Confirmamos el resto de los pronunciamientos de la resolución impugnada y no hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada.

TERCERO* .-** Contra la expresada sentencia interpuso ***recurso de casación el Ministerio Fiscal con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:UNICO.-** Cita como preceptos legales infringidos el art. 96 del Código Civil y el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de Enero de 1996 .Se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a cuyo fín cita las sentencias de esta Sala de uno de abril de 2011 , 21 de junio de 2011 y de 5 de septiembre de 2011 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 9 de Julio de 2013 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 Miguel Angel del Alamo García, en nombre y representación de doña Filomena presentó escrito de adhiriendose al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 20 de mayo del 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Ministerio Fiscal formula recurso de casación por interés casacional contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid -Sección 1ª- que limita el uso de la vivienda familiar, atribuida a la esposa, como custodia de los dos hijos menores, de 10 y 6 años de edad en la actualidad, *"hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales con un límite máximo de 5 años* ". La sentencia, señala el Ministerio Fiscal en su recurso, es contraria a la doctrina de esta Sala (SSTS 29 de marzo , 1 de abril 5 de septiembre de 2011); aboca a una posterior modificación de medidas para que el coste de la habitación antes cubierta sea incluida con un incremento de la pensión de alimentos y la consiguiente modificación de medidas, con el tiempo que esto necesita, y se ignoran los derechos de los menores poniendo en riesgo su situación vital en aras de proteger el patrimonio del progenitor no custodio; recurso al que se adhiere doña Filomena .

El artículo 96, dice la sentencia, " *no prohíbe efectuar limitaciones temporales y estas pueden estar justificadas cuando tienen por objeto adaptar la situación patrimonial de la familia a sus nuevas circunstancias económicas a fin de compatibilizar los intereses de los hijos con los de sus progenitores, que es en definitiva lo que se preconiza en el art. 146 del Código civil respecto de la obligación alimenticia de la que forma parte la obligación de proporcionar habitación a los hijos. Por tanto entiende la Sala que no hacer asignaciones exclusivas del uso del domicilio familiar o efectuarlas temporalmente es factible si con la venta o el reparto de la vivienda se puede seguir cumpliendo con suficiencia y dignidad el deber de los padres de proporcionar habitación a sus hijos de acuerdo a las posibilidades económicas de la familia tras la crisis matrimonial".*

La propia Sala Primera, añade, " *en la sentencia de 29 de marzo de 2011 ,mantiene el criterio de que el hijo no precise de la vivienda familiar si sus necesidades de habitación pueden ser satisfechas a través de otros medios. Esos medios pueden ser recursos económicos en efectivo que cualquiera de los progenitores proporcione para cubrir las necesidades de habitación del hijo."*

Esta argumentación se integra con los siguientes hechos: " *la madre tiene capacidad laboral con un trabajo regular y estable y unos notables ingresos de unos 2.500 euros mensuales. El padre no cuenta con ingresos regulares y la prueba revela que sus condiciones económicas son peores que las de su esposa por lo que también en la asignación del uso de la vivienda familiar común debe atenderse a su interés lo que aconseja la limitación de uso pretendida para que pueda proporcionar a los menores con los rendimientos de su trabajo personal y la parte que le corresponda en la liquidación de la vivienda cumplir adecuadamente su deber de proporcionar a los menores un alojamiento digno y conforme a la nueva situación familiar".*

SEGUNDO.- El recurso se estima.

Se dijo en la sentencia de 3 de abril de 2014, lo siguiente: "Esta Sala valora, como no podía ser de otra forma, los razonamientos de la sentencia, similares a los ya expuestos en otras ocasiones por esta misma Audiencia Provincial, como valora las criticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación. Pero lo que no comparte en absoluto, como ya ha tenido ocasión de señalar en reiteradas sentencias procedentes de la misma Audiencia, es que la jurisprudencia de esta Sala se refiera a casos concretos y particulares, como se argumenta.

Sin duda, el interés prevalente del menor no pasa necesariamente por la liberación de la medida de uso. Se trata de un argumento simplemente especulativo que tendrá su razón de ser en algunos casos, no en todos. El interés del menor - STS 17 de junio 2013 - "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".

El art. 96 CC establece - STS 17 de octubre 2013 - 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 (STS 14 de abril 2011).

Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011 , 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".

TERCERO.- La estimación del recurso, determina la casación en este punto de la sentencia de la Audiencia Provincial y la consiguiente reposición de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia num. 10 de Valladolid, de 14 de febrero 2012 , en la que se atribuye el uso del domicilio familiar a los menores y a la esposa, sin la limitación temporal impuesta en la sentencia recurrida.

Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente. "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 ".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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

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

FALLAMOS

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1ª, de 5 de diciembre de 2012, dictada en el rollo de apelación num. 388/2012 .

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida, en cuanto limita el uso de la vivienda familiar hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales con un límite máximo de 5 años.

3º Se repone la medida de la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm 10º de Valladolid, de 14 de febrero de 2012 , en cuanto atribuye el uso del domicilio familiar a los dos hijos menores y a la esposa, sin limitación temporal.

4º Se mantiene en todo lo demás la sentencia recurrida, incluida la declaración sobre las costas procesales.

5º Se reitera como doctrina jurisprudencial la siguiente: "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 ".

6º 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 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. Xavier O'Callaghan Muñoz.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