

Roj: STS 4836/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4836
Id Cendoj: 28079110012014100625

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1657/2013

Nº de Resolución: 660/2014

Procedimiento: Casación

Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Noviembre 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 verbal nº 1118/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid sobre guarda y **custodia** cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por el Ministerio Fiscal; siendo parte recurrida don Jose Manuel , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Gómez Castaño. Siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña Emilia Camino Garrachón, en nombre y representación de don Jose Manuel , interpuso demanda de juicio sobre guarda y **custodia** alimentos y demás medidas, contra doña Dulce y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, termino suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que estimando la demanda se acuerde la guarda y **custodia** de la menor y se concedan y aprueben las siguientes medidas y/o efectos de la misma:

1-Adjudicación de la Guarda y **Custodia** de la menor Angustia , al padre D Jose Manuel manteniendo la patria potestad **compartida**.

2.-Como régimen de visitas, a favor de la madre (como progenitora no **custodia**), que se relacionará con su hija menor los fines de semana alternos desde el viernes a las 20,00 horas hasta las 20,00 del domingo, la mitad de las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano.

Y de manera subsidiaria, se interesa una Guarda y **Custodia compartida**, conforme preceptúa el artículo 92. Apartado 8 del Código Civil , de tal manera, que desde el primer día del mes hasta el último de cada mes, la menor este bajo la **custodia** y atención de uno de los progenitores, en el domicilio familiar, empezando por el padre y el siguiente con la madre y al progenitor al que no le corresponda la **custodia** y cuidado durante ese mes, se relacionará con su hija menor los fines de semana alternos desde el viernes a las 20,00 horas hasta las 20,00 del domingo, la mitad de las vacaciones escolares de navidad, semana santa y verano.

3º.- Señalar alimentos para la menor a cargo de la madre (como progenitora no **custodia**), interesamos la fijación de unos alimentos en la cuantía de ciento setenta euros (170 Euros) mensuales, pagaderos por anticipado dentro de los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta que designe el esposo, cantidad que será actualizada anualmente, conforme a las variaciones del Índice de Precios al Consumo que publica el Instituto Nacional de Estadística u Organismo similar que lo sustituya.

Además, ambos progenitores abonaran por mitad los gastos extraordinarios de la niña, tanto para su salud, como escolares.

4º.- Uso del domicilio habitual y mobiliario que se atribuya el uso y disfrute del mismo, sito en la CALLE000 , nº NUM000 (NUM001), de Laguna de Duero (Valladolid), al padre don Jose Manuel en compañía de la hija Angustia , junto con el ajuar y el mobiliario doméstico.

Subsidiariamente en el supuesto de la guarda y **custodia compartida**, se atribuya a la niña y al cónyuge que cada mes esté ejerciendo dicha guarda sobre la misma.

Atribución que se extinguirá en todo caso, cuando se produzca la división de la cosa común o extinción del condominio sobre dicho inmueble.

5.- Señalar para levantamiento de cargas de la pareja: la obligación de que se abonen por mitad por cada uno de los progenitores copropietarios las cuotas mensuales del préstamo que concertaron garantizado con hipoteca sobre la vivienda familiar, sita en CALLE000 NUM000 (NUM002) de la localidad de Laguna de Duero (Valladolid).

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

2.- La procuradora doña María Teresa Alba Alonso, en nombre y representación de don doña Dulce , 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: desestimando la demanda con imposición u costas, ACORDANDO FIJAR COMO MEDIDAS DEFINITIVAS EN RELACIÓN CON LA MENOR Angustia , LAS SIGUIENTES:

1.- ESTABLECER LA PATRIA POTESTAD **COMPARTIDA** de ambos progenitores sobre la menor citada.

2.- ATRIBUIR LA GUARDA Y **CUSTODIA** DE LA HIJA COMÚN MENCIONADA A LA MADRE, estableciendo un amplio sistema de comunicación con el padre en fines de semana alternos, desde la salida del colegio (el padre podría anticipar su salida ese día, si como dice tiene cierta flexibilidad) hasta el domingo a las 21 h. Además en la semana que no le corresponda disfrutar del fin de semana, el padre podría permanecer una tarde con su hija dejando a su elección el día en que pueda llevarlo a cabo. Dicho día podría ser con pernocta comprometiéndose el padre a llevar a la menor al colegio.

Las vacaciones de navidad y semana Santa se repartirán por mitad entre los progenitores eligiendo los períodos en los años pares la madre y en los impares el padre (o al revés).

En los meses de julio y agosto, ambos padres se repartirán el disfrute la menor en quincena alternas, eligiendo cada año uno, según lo previsto para el resto de las vacaciones.

3.- Atribución a la madre e hija menor el USO Y DISFRUTE DEL FAMILIAR, así como el uso del mobiliario y ajuar doméstico.

4.- Fijar PENSION ALIMENTICIA, con cargo del padre de 625 # mensuales, suma que será actualizada conforme al I.P.C. anual, ingresando dicha pensión en la cuenta que designe la madre y con devengo en los cinco primeros días de cada mes.

Ambos progenitores abonarán por mitad los gastos EXTRAORDINARIOS de la hija relativos a su salud y que no estén cubiertos por los seguros públicos de los que sean titulares los padres, entre ellos, gafas, ortodoncias, vacunas, gasto farmacéutico etc, así mismo se comprenderán dentro de los gastos extraordinarios de educación todos los necesarios para la formación de la menor que no estén dentro del sistema público, como clases particulares y similares. En estos momentos la hija realiza natación que naturalmente paga sólo la madre, pero esta actividad hay que comprenderla como gasto extraordinario de salud.

5.- Fijar la obligación de ambos progenitores de satisfacer por mitad la hipoteca y demás gastos que se refieran al domicilio familiar, del que ambos son copropietarios, excepto los gastos derivados del uso ordinario de esta casa que serán satisfechos por la demandada en atención al uso de dicho inmueble que se solicita para ella.

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y practica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Valladolid, dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue *FALLO: Estimando parcialmente la demanda presentada por la Procuradora doña Emilia Camino Garrachón en nombre y representación de don Jose Manuel contra doña . Dulce , debo establecer como medidas reguladoras de su relación con su hija doña . Angustia las siguientes:*

1.- La hija menor quedará bajo la guarda y **custodia** de su madre, correspondiendo a ambos progenitores el ejercicio de la patria potestad sobre él/ellos.

2.- El padre podrá visitar a su hija y tenerla en su compañía los fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada en el mismo, incluyendo los puentes y festivos adjuntos, los martes y jueves desde la salida del colegio hasta que haya de irse a trabajar, momento en el que reintegrará a la menor en el domicilio materno, y la mitad de las vacaciones escolares de la menor, considerando que el verano dura desde el fin del curso escolar hasta el inicio del siguiente, y dividiendo el mismo en seis períodos a disfrutar alternativamente por cada uno de los progenitores, correspondiendo los años pares comenzar las vacaciones la menor con su madre y los impares con el padre. El ejercicio de este derecho podrá limitarse o suspenderse si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

3.- El uso del domicilio familiar se atribuye a la madre y a la hija que queda bajo su guarda, debiendo el padre abandonarlo en el plazo máximo de quince días, llevándose sus enseres y objetos de uso personal, bajo apercibimiento de desalojo si no lo verifica.

4.- El padre deberá ingresar a la madre, en concepto de alimentos para la hija menores de edad, en la cuenta corriente que ella designe, dentro de los siete primeros días de cada mes, la cantidad de 500 €, la cual se actualizará anualmente conforme al IPC, computando los años desde la fecha de esta resolución. Con el apercibimiento de que, en caso de impago, se procederá a hacer efectiva la cantidad señalada directamente por la vía de apremio, pudiendo incurrir en el delito previsto en el artículo 227 del Código Penal.

5.- Los gastos extraordinarios de la hija serán pagados por mitad por ambos progenitores, debiendo previamente consensuar o en su defecto someter a autorización judicial su devengo e importa, salvo casos de urgencia.

6.- Los gastos que graven la propiedad de la vivienda serán pagados por mitad por ambos cotitulares, mientras que los de consumo ordinario los pagará su usuaria, en este caso la madre.

Estas medidas podrán modificarse judicialmente si se alteran de forma sustancial las circunstancias.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de don Jose Manuel, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO: ESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN**, promovido por la representación procesal de D. Jose Manuel frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 13 de Valladolid de fecha de 19-11-12, en los presentes autos sobre guarda y **custodia** de la común hija menor seguidos frente a doña Dulce, **DEBEMOS REVOCAR**, referida resolución recurrida, en el solo sentido de **DECLARAR LA PROCEDENCIA** de que la adjudicación de la vivienda familiar realizada a favor de doña Dulce, en compañía de la común hija menor, lo sea hasta que se proceda a la liquidación o extinción del condominio de referido inmueble. Sobre las costas procesales causadas en este recurso de apelación, no cabe pronunciamiento alguno.

TERCERO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación el Ministerio Fiscal con apoyo en los siguientes **MOTIVO: PRIMERO.-** Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2 de la LEC, por vulneración de lo dispuesto en el art. 96 del CC y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la no limitación temporal del uso del domicilio cuya atribución regula el art. 96 del CC, expresada en numerosas sentencias, las últimas de fechas 1 de abril de 2011 (unificación de doctrina), 14 de abril de 2011, 21 de junio de 2011 y finalmente a "sensu contrario" la dictada por el Pleno de fecha 5 de septiembre de 2011, cuando solo hay hijos mayores de edad.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 18 de Marzo de 2014, 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, la procuradora doña Susana Gómez Castaño, en nombre y representación de don Jose Manuel, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de noviembre de 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 una hija común del matrimonio, Angustia , nacida el día 4 de diciembre de 2006, "hasta que se proceda a la liquidación o extinción del condominio" sobre el inmueble. La sentencia, señala el Ministerio Fiscal en su recurso, es contraria a la doctrina de esta Sala (SSTS 1 de abril, (unificación de doctrina ; 14 de abril , 21 de junio y 5 de septiembre de 2011), sobre la no limitación temporal del uso cuya atribución regula el artículo 96 del CC ; 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 la menor poniendo en riesgo su situación vital en aras de proteger el patrimonio del progenitor no custodio.

La doctrina de esta Sala, reiterada sobre la misma cuestión y Audiencia Provincial, hace innecesario cumplimentar la incorporación al recurso de las sentencias en que se sustenta el interés casacional.

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 esposa, *"... como trabajadora por cuenta ajena (en centro de hostelería), con percibo de unos ingresos mensuales del orden de 718 Eur. (según la base reguladora estimada a efectos de cotizaciones, que incluye la parte proporcional de las pagas extras), en su actual jornada laboral reducida por causa de su maternidad, con posibilidad de que la misma sea ampliada"* y en el caso del esposo, *" con ingresos fijos mensuales como profesor de la ESO del orden de los 2.808 Eur. (según base reguladora a efectos de cotizaciones, que incluye la parte proporcional de las pagas extras), con la carga familiar del pago de la pensión alimenticia para con la común hija Angustia , nacida en fecha de NUM003 -06, cuya guarda y **custodia** es confiada a su madre. Con la segura afectación de la vivienda al proceso liquidador de todos los bienes comunes, luego de haberse producido la ruptura de la convivencia. Por consiguiente procede acceder a lo solicitado, estableciéndose la referida adjudicación del domicilio familiar, como tiempo máximo, hasta que se proceda a la liquidación del condominio sobre el inmueble"*.

SEGUNDO.- El recurso se estima.

Se dijo en la sentencia de 3 de abril de 2014 , y se reitera en la posterior de 2 de junio, 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 críticas 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)....

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 ".

Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, no solo se opone a lo que establece el art. 96.1 CC , sino que se dicta con manifiesto y reiterado error y en contra de la doctrina de esta Sala.

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 núm. 13 de Valladolid, de 19 de noviembre de 2012 , en la que se atribuye el uso del domicilio familiar a hija y a su madre, 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 ".

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 30 de mayo de 2013, dictada en el rollo de apelación núm. 133/13 .

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 o extinción del condominio sobre el inmueble.

3º Se repone la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia num. 13 de Valladolid, de 19 de noviembre de 2012 , en cuanto atribuye el uso del domicilio familiar a la hija y a su madre, 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 Jose Antonio Seijas Quintana. Antonio Salas Carceller. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Eduardo Baena Ruiz. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jose Luis Calvo Cabello. 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