



Roj: STS 5509/2013
Id Cendoj: 28079110012013100662
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 357/2012
Nº de Resolución: 726/2013
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Noviembre 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 Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio de divorcio 673/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Marí Luz , el procurador don Victor García Montes. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Luis de Villanueva Ferrer, en nombre y representación de don José . Siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Inmaculada Ruiz Lasida, en nombre y representación de don José , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra doña Marí Luz y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

- 1.- Se acuerde el divorcio vincular del matrimonio formado por don José y Doña Marí Luz .
- 2.- Se conceda a la madre la guarda y **custodia** de la única hija habida en el matrimonio.
- 3.- En cuanto a la patria potestad sobre la hija común, deberá ser **compartida** por ambos progenitores de acuerdo con el Art. 156 del C.C .
- 4.- Que se fije un régimen de comunicación y permanencia entre el progenitor no custodio la hija común, consistente en:

- Un fin de semana al mes, de viernes a las 12, hasta el domingo a las 17 horas, para acoplándose al horario de vuelos Madrid- Sevilla, al que Don José podrá disponer, al haberse acogido a su derecho de reducción de jornada, debiendo comunicar a doña Marí Luz con, al menos 30 días de antelación el fin de semana que pasará con la hija.

De forma potestativa, como Derecho, no como obligación, otro fin de semana al mes, de viernes a las 12, hasta el domingo a las 17 horas aproximadamente.

Los puentes escolares se verán unidos al fin de semana más cercano.

En Navidad, teniendo en cuenta el horario laboral de Spanair, Don José tan solo se puede comprometer a elegir, en los años pares el día de Navidad y en los impares, Fin de Año o Reyes, para lo cual deberán ponerse los progenitores de acuerdo, y a falta de acuerdo, en los años pares elija el periodo el padre y en los impares la madre.

En Semana Santa, el Sr. José se compromete a poner en conocimiento de Doña Marí Luz los días libres en los que podrá permanecer con la hija en los años pares, correspondiendo íntegramente la Semana Santa en los años impares a Doña Marí Luz .

En las vacaciones de verano, al no tener Don José establecido ningún periodo, que en los años pares pueda elegir los días en los que tenga Derecho en la compañía Spanair o en la compañía en la que trabaje.



El padre deberá recoger a la hija común en el Aeropuerto de Sevilla, debiendo recogerla la madre en el aeropuerto de Madrid.

5.- Uso y disfrute del domicilio conyugal. Hasta que se perfeccione la venta del domicilio conyugal, se conceda el uso y disfrute a la hija común y a la madre como ejerciente de la guarda y **custodia**.

Hasta que se perfeccione la venta, ambos progenitores deberán hacer frente al 50% de la hipoteca que grava el mismo, al igual que deberán hacer frente al 50% del IBI.

6.- Al amparo de los art. 93 , 145 y 146 del CC , se fije en con concepto pensión de alimentos a favor de la hija común, la cantidad de 250 mensuales, que Don José deberá ingresar en la cuenta que doña Marí Luz , en los primeros cinco días de cada mes, mensualidades anticipadas, revisables anualmente de acuerdo a la variación del IPC que publique el INE u organismo que le sustituya.

Los progenitores deberán hacer frente al 50% de los gastos extraordinario educativos, médicos u hospitalarios que no cubra la Seguridad Social o sociedad médica a la que esté suscrita la menor, previa comunicación del gasto.

Y ello hasta que la hija común alcance la independencia económica, cambie de estado civil o fije libremente su domicilio

8.- No se fije cantidad alguna en concepto de pensión compensatoria por no ser de aplicación el artículo 97 del Código Civil , ni en su contenido ni en ninguno de sus apartados.

2.- La procuradora doña Mauricia Ferreira Iglesias, en nombre y representación de doña Marí Luz , 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 decrete el divorcio de las partes y, se adopten como medidas reguladoras de los efectos del divorcio postulada las señaladas en el hecho quinto de la presente contestación.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:**

Que, estimando en parte la demanda de DIVORCIO instados por la Procuradora sra INMACULADA RUIZ LASIDA en nombre y representación de D. José frente a su cónyuge DOÑA Marí Luz siendo parte el MINISTERIO FISCAL; debo declarar y declaro disuelto, por DIVORCIO, el matrimonio contraído por ambos con los efectos inherentes a tal declaración, estableciéndose:

1.- Se atribuye a la madre D Marí Luz la guarda y **custodia** de la hija siendo la patria potestad **compartida**.

2.- Se atribuye el uso de la vivienda y ajuar familiar sito en AVENIDA000 , NUM000 , bloque NUM001 , NUM002 Sevilla, a Doña Marí Luz hasta la liquidación de gananciales. La hipoteca y cargas atribuidas a la propiedad se abonarán al 50%. Los gastos derivados del uso serán abonados por Doña Marí Luz .

3.- *Régimen de Comunicaciones y Estancias con el progenitor con el que no convive habitualmente:*

Un fin de semana al mes desde el viernes hasta el domingo, se entiende el primer fin de semana aquél en el que desde el viernes al domingo corresponda a ese mes. A no ser que sea puente escolar o fin de semana largo, y en tal caso, se disfrutará en dichos períodos, con excepción del puente de Pilar que será alternativo con cada progenitor por ser el cumpleaños de la menor, comenzando el padre para el año dos mil once.

Vacaciones escolares:

Las Navidades En los casos en que el padre se la conceda por la empresa la reducción de jornada en Navidad, pasará la niña con el padre los días que se le concedan.

Verano En los años pares, la niña estará con el padre la última semana de agosto y la primera de septiembre. En los años impares, la niña estará con el padre la última semana de julio y la primera semana de agosto. Interrumpiéndose el sistema de fin de semana al mes en los meses en los que disfrute la semana de vacaciones con la menor.

4.- D. José abonará, en concepto de alimentos para la menor, a Doña Marí Luz la cantidad mensual de 400#, por 12 mensualidades, actualizables conforme al IPC a primeros de cada año, pagaderos en los cinco primeros días de cada mes, haciéndose efectivo mediante transferencia en cuenta corriente designada al efecto a nombre de la abuela materna.



Los gastos extraordinarios serán por mitad, entendiendo como tales los educativos y sanitarios no cubiertos por el sistema público. No se consideran gastos extraordinarios las matrículas escolares, libros o material escolar. Las actividades extraescolares no necesarias se abonarán al 50% siempre y cuando exista consentimiento fehaciente de ambos progenitores.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don José y doña Marí Luz , la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 14 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que en parte estimando y en parte desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Mauricia Ferreira Iglesias en nombre y representación de doña Marí Luz contra la sentencia de 22 de diciembre de 2010 , debemos confirmar dicha resolución con la única modificación de cifrar la pensión alimenticia a favor de la hija menor en 560 euros mensuales y actualizable, sin hacer especial pronunciamiento sobre las costas procesales de segunda instancia.*

Se dictó auto de aclaración con fecha 31 de octubre de 2011, cuya parte dispositiva *LA SALA ACUERDA: Aclarar el inicio del párrafo segundo del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia dictada el pasado dia 14 de octubre de 2011, debiendo decir "No consta que ..."*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal doña Marí Luz , con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:**
PRIMERO.- Infracción de la Ley, al considerar que la sentencia infringe y vulnera lo establecido en el art. 96 del Código Civil , que de forma taxativa en su apartado 1º establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, no permitiendo el tenor literal de Ley interpretación limitadora de clase alguna. Se citan las sentencias de esta Sala de 1 y 14 de abril , 21 de junio y 30 de septiembre de 2011 .

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

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Luis de Villanueva Ferrer, en nombre y representación de don José , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando que se case la sentencia y se dicte otra en la que se atribuya el uso y disfrute de la vivienda a la hija menor y a la madre a quien se ha encargado la guarda y **custodia** de la misma .

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El problema a resolver viene determinado por el pronunciamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial que decide asignar el uso de la vivienda familiar a la hija, nacida en NUM003 de 2008, y a la madre, hasta la liquidación de la sociedad ganancial. La sentencia tiene en cuenta la doctrina de esta Sala en la interpretación que hace del artículo 96 del Código Civil que se cita como fundamento del interés casacional (SSTS 1 de abril , 21 de junio y 30 de septiembre de 2011 y 14 de abril de 2011), conforme a la cual "la atribución del uso de la vivienda que constituyó domicilio familiar a los hijos menores es una manifestación del principio de interés del menor, que no puede ser temporalmente limitada por el Juez mientras aquellos sigan siéndolo". Ahora bien -dice-, " la asignación del uso exclusivo de la vivienda familiar es un remedio subsidiario encaminado a garantizar el derecho de los hijos a habitar una vivienda, que puede ser limitado hasta la liquidación de la disuelta sociedad ganancial cuando, en atención a las especiales circunstancias personales y laborales de los progenitores, constituya una solución razonada que no perjudique el interés del menor por contar uno y otro progenitor con capacidad suficiente para satisfacer las necesidades de habitación del menor".

Estos factores y circunstancias específicas que han justificado una solución jurídica distinta en ambas instancias, son los siguientes: a) ambos cónyuges desarrollan una actividad profesional vinculada al transporte aéreo de pasajeros, pues mientras que el esposo es piloto de Spanair y tiene su domicilio y su centro de trabajo en Madrid, la esposa es azafata de Iberia y tiene su base de trabajo en Barcelona, aunque por determinación expresa de ambos cónyuges el domicilio familiar se fijó en Sevilla, ciudad en la que también viven sus propios



padres; estando la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración cuya amortización, al igual que el abono del IBI y de otros gastos inherentes a la propiedad, ha de ser sufragada al 50% por uno y otro litigante, y b) mientras que el esposo obtiene unos ingresos netos o líquidos comprendidos entre 3200 y 3800 euros mensuales, la esposa percibe alrededor de 1200 euros mensuales, teniendo una jornada laboral reducida del 50% y pernoctando fuera del domicilio de Sevilla seis o siete noches al mes por razón de su trabajo.

SEGUNDO.- El recurso se desestima. Es cierto que el artículo. 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 y que 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 (artículo 142 CC). 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).

Sin duda, el interés prevalente del menor - SSTS 17 de junio y 17 de octubre de 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. 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".

Esta misma Sala ha reiterado (SSTS citadas de 17 de junio y 17 de Octubre de 2013 de 2013), que uno de los factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges es el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo 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. La sentencia de 9 de mayo de 2012 ha sentado la siguiente doctrina casacional: "en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar", y esta no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es la forma en que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el artículo 70 CC , en relación al domicilio de los cónyuges (STS 31 de mayo 2012).

Este es el caso. El domicilio en el que convive la menor no constituye la residencia habitual de la unidad familiar, antes al contrario, la vivienda sirve más para preservar de forma residual o secundaria los intereses de los progenitores que los de la menor puesto que, aunque por determinación expresa de ambos, el domicilio familiar se fijó en Sevilla, ninguno de ellos convive habitualmente en ella por razones de trabajo que lo tienen en Barcelona y Madrid, y la medida que se adopta no solo no priva a la menor de su derecho a una vivienda, que tiene la de cualquiera de sus padres, y provisionalmente la de Sevilla, sino que de mantenerse impediría la disposición de un patrimonio común, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal, integrado, entre otros bienes, por la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración, y consiguiente reparto entre ambos cónyuges, con evidente beneficio de la menor que puede mejorar sus necesidades alimenticias, que deben prestarse por el titular de la patria potestad, incluida la que resulta de la vivienda (artículo 142 CC). Sin duda, la atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de este. Pero más allá de que se le proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro cuando ello es posible, lo que no es posible es atribuir a la hija y al progenitor custodio en



calidad de domicilio familiar un inmueble que no tiene sirve a estos fines, más alla del tiempo que se necesita para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos conyuges.

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 formulado por la procuradora Mauricio Ferreira Iglesias, en la representación que acredita de dª Marí Luz , contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla de 14 de octubre 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. 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.