

Roj: **STS 2053/2011 - ECLI:ES:TS:2011:2053**Id Cendoj: **28079110012011100217**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/04/2011**Nº de Recurso: **1456/2008**Nº de Resolución: **221/2011**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP VA 296/2008,**
STS 2053/2011

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, como consecuencia de autos de juicio verbal de guarda y custodia y regulador de relaciones paterno filiales, así como de ratificación y extensión de efectos de medidas civiles derivadas de orden de protección, seguidos ante el Juzgado de Instrucción número 5 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Doña María Leocadia García Cornejo, en nombre y representación de Doña Aurelia ; siendo parte recurrida la Procuradora Doña María Dolores Tejero García-Tejero, en nombre y representación de Don Esteban . Siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora Dª Carmen de Benito Gutiérrez, en nombre y representación de Dª Aurelia , interpuso demanda de juicio verbal de guarda y custodia y regulador de relaciones paterno filiales, así como de ratificación y extensión de efectos de medidas civiles derivadas de orden de protección contra D Esteban y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *acuerde las siguientes medidas* 1) *Atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad a la madre compartiendo ambos progenitores la patria potestad sobre el mismo.* 2) *Se fije a favor del padre un régimen de visitas, proponiendo esta parte que se verifique bajo la siguiente dinámica: 1. Respecto de los fines de semana, el padre podrá tener en su compañía al hijo menor los fines de semana alternos desde las 10:00 horas del sábado a las 20 horas del domingo, debiendo recogerlo y reintegrarlo en APROME. 2. Con respecto a los derechos de visita en los periodos vacacionales (Verano, Navidad y Semana Santa) se fijarán los siguientes periodos: A) En verano se fijan dos meses (Julio y Agosto) pudiendo cada progenitor permanecer en compañía del menor uno de esos dos meses. B) En Navidad se fijan dos periodos comprendidos entre el día 23 y 30, ambos incluidos del mes de Diciembre y el día 31 de diciembre y el día 6 de Enero respectivamente. C) En Semana Santa, se fijan dos periodos (Por un lado, Jueves Santo y Viernes Santo y, por otro, Sábado santo y Domingo de Pascua) pudiendo cada progenitor permanecer en compañía del menor uno de esos periodos. Fijados los periodos anteriores los progenitores podrán estar en compañía de su hijo, uno de los periodos estipulados para cada tramo vacacional, eligiendo estos periodos la madre si el año es par y el padre cuando el año sea impar. 3) Se establezca la obligación de pago del padre de una pensión alimenticia a favor del hijo menor y que esta parte cifra en la cantidad cierta que derive del cálculo del 30% de los ingresos de D. Esteban , proponiéndose en este momento, y quedando al resultado de la prueba que se practique en autos, la cantidad de 350?. Dicha cantidad se actualizará anualmente, según las variaciones que sufra el Índice de Precios al Consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que legalmente le pueda sustituir. 4) Atribución del uso del domicilio*



familiar sito en la CALLE000 N° NUM000 , NUM001 NUM002 de la Cistérniga (Valladolid) así como el ajuar doméstico a la madre para que resida en el mismo en compañía del hijo menor. 5) Gastos extraordinarios: los progenitores deberán contribuir al 50% para sufragar los gastos extraordinarios del menor, entendiéndose por tales los educativos, formativos, y los sanitarios no cubiertos por seguro. 6) Se interesa que se acuerde la obligación de pago de la totalidad de la cuota de Hipoteca que grava la vivienda que fuera familiar por D. Esteban en aquellos momentos que mi mandante no perciba ingresos superiores al SMI fijado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, pagándose por mitad la cuota hipotecaria en aquellos momentos en que mi mandante obtenga ingresos superiores al SMI. Peticiones que se formulan para su estimación en la resolución judicial que se dicte, con expresa imposición de costas al demandado si se opusiere a la presente demanda, por ser de justicia que pido en Valladolid a 5 de Febrero de dos mil seis.

2.- El Procurador D Isidoro García Marcos, en nombre y representación de D. Esteban , 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 conforme al ordinal VI y VII de los fundamentos de derecho de este escrito que instamos se entienda reproducidos y todo ello debiendo satisfacer cada parte las costas propias y las comunes por mitad, salvo que la contraria se opusiera a nuestra pretensión y concurrieran las circunstancias previstas en el artículo 394 de la LEC .

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Instrucción número 5 de Valladolid, dictó sentencia con fecha 13 de marzo de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Estimo sustancialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. De Benito Gutiérrez, en nombre y representación de Aurelia frente a Esteban , y en su virtud, se establecen las siguientes medidas: 1. Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor de edad llamado Pedro Enrique a la Actora, sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos Progenitores. 2.- Se reconoce al Progenitor no custodio el derecho a tener en su compañía a su hijo menor de edad fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la hora de entrada en el centro escolar, debiendo ser el padre, o puntualmente los abuelos paternos, en caso de que el padre no pueda recogerlo o entregarlo por razones de trabajo, el que se encargue de recogerlo y entregarlo. Igualmente el padre podrá estar en compañía del menor un mes en verano, desde las 12:00 horas del primer día que le corresponda, hasta 20:30 horas del último día del mes, siete días en Navidad y cuatro días en semana santa, debiendo de realizarse las entregas y recogidas en APROME. En caso de discrepancias el padre elegirá los años pares y la madre los años impares. 3.- Se atribuye el uso del domicilio familiar a la Actora en cuanto encargada de la guarda y custodia del menor. 4.- El progenitor no custodio abonará en concepto de alimentos 210 euros mensuales, en tanto permanezca en situación de baja laboral, incrementándose la pensión a la cantidad de 280 euros mensuales tan pronto como conste su incorporación a su actividad laboral, debiendo ingresar dicha cantidad en la cuenta que designe la Actora, dentro de los cinco primeros días de cada mes y se actualizará anualmente conforme a la variación que experimente IPC. Igualmente se hará cargo de la mitad de los gastos extraordinarios referidos a la educación y sanidad del menor Igualmente abonará el 50% de la hipoteca que grava la vivienda, así como el 50 % de los gastos extraordinarios de educación y salud del menor; todo ello sin especial imposición de las costas.

SEGUNDO .- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de D^a Aurelia y de D. Esteban , la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 19 de mayo de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACION, promovido por la representación procesal de D^a Aurelia , y ESTIMANDO PARCIALMENTE EL PROMOVIDO por D. Esteban , frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia N° 5 de Valladolid de fecha de 13-3-01 , en los autos presentes DEBEMOS CONFIRMAR, referida resolución recurrida, con la SOLA EXCEPCIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO RELATIVO AL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR, para DECLARAR LA PROCEDENCIA, de su limitación hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes. Con imposición de las costas procesales causadas en este recurso, a la parte apelante, que haya visto desestimadas todas sus pretensiones y sin pronunciamiento respecto de las demás.

TERCERO .- 1 .- La Procuradora D^a Carmen de Benito Gutiérrez, en nombre y representación de Doña Aurelia , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:**

PRIMERO .- Al amparo de lo estipulado en el artículo 477.2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción legal de los artículos 90, 91 y 96 del Código civil , por oponerse la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

SEGUNDO .- Al amparo de lo estipulado en el artículo 477.2.3º y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción legal de los artículos 90, 91 y 96 del Código civil , por existencia de sentencias de Audiencias Provinciales



contradictorias con la sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Valladolid recurrida en casación en el presente caso.

2.- Por Auto de fecha 14 de abril de 2009, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido el Ministerio Fiscal, en la representación que ostenta, presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 10 de marzo del 2011, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-

1º D^a Aurelia y D. Esteban habían convivido como pareja. El 30 octubre 2003 nació Pedro Enrique, hijo de ambos. Esta relación empezó a deteriorarse, finalizando el 8 enero 2006 tras un episodio de violencia, que fue denunciado por la afectada y sus padres.

2º La vivienda familiar era propiedad de ambos convivientes, por mitades indivisas.

3º D^a Aurelia interpuso una demanda de juicio verbal sobre guarda y custodia y regulación de las relaciones paterno filiales, así como de ratificación de efectos de las medidas civiles derivadas de la orden de protección contra D. Esteban. Solicitó que se tomaran las medidas relacionadas con la guarda y custodia del hijo, la fijación del derecho de visitas, la atribución del domicilio familiar, alimentos, gastos extraordinarios, y el pago de la hipoteca.

4º La sentencia del Juzgado de instrucción nº 5 de Valladolid, de 13 marzo 2007, estimó la demanda. Acordó las medidas que consideró convenientes en interés del menor, que no han sido objeto del recurso de casación, atribuyó el uso del domicilio familiar a la actora como encargada de la custodia del menor y estableció que el abono de las cuotas de la hipoteca correspondía por mitad a ambos convivientes.

5º Apelaron ambos progenitores. La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 19 mayo 2008, estimó la apelación del padre en relación a la atribución del uso de la vivienda familiar, con los siguientes argumentos: *"Por último, sobre la adjudicación del uso de la que fuera vivienda familiar (que nada dispone sobre los derechos dominicales respecto de la misma, por lo que no cabe hablar de transformación del bien privativo en ganancial), en la persona de la madre e hijo (Art. 96 CC), solo puede atenderse a lo que viene siendo criterio de este Tribunal: su prolongación en principio de forma indefinida (no ilimitada), hasta que se provea sobre la disolución o división de los bienes comunes (liquidación de bienes en caso de gananciales)".*

6º Recurre en casación, alegando interés casacional y de acuerdo con el art. 477, 2, 3º LEC, la madre, D^a Aurelia. El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 14 abril 2009.

El recurrido D. Esteban no ha impugnado el recurso. Figura la impugnación del Ministerio Fiscal.

SEGUNDO. *Primer motivo.* Infracción legal de los Arts. 90, 91 y 96 CC, por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, por entrar en contradicción con ella la decisión de la Sala sentenciadora, que se ha transcrito. En primer lugar, señala la recurrente que las normas sustantivas sobre separación y divorcio vienen aplicándose por analogía a los procedimientos verbales sobre guarda y custodia, lo que determina la identidad de los casos, es decir, cuando se atribuye el uso de la vivienda familiar al progenitor custodio. La Audiencia Provincial de Valladolid ha mantenido la doctrina que expresa en la sentencia que es ahora objeto de recurso, lo que se opone a la de las sentencias del TS de 28 marzo 2003, 27 diciembre 1999, 20 mayo 1995, 14 julio 1994, en las que se sostiene que el criterio de mantener el uso y disfrute de la vivienda familiar es preferente sobre el derecho a la extinción del dominio. Por ello debe casarse la sentencia en el sentido de mantenerse el uso y disfrute en tanto se mantenga la situación de guarda.

El *Segundo motivo* se va a examinar conjuntamente porque en él solo se aportan las sentencias porque resuelven el problema de acuerdo con el criterio sostenido por la parte recurrente. Denuncia la infracción legal de los Arts. 90, 91 y 96 CC por existencia de sentencias de Audiencias Provinciales contradictorias con la sentencia dictada por la de Valladolid y recurrida en este caso, todas ellas en relación al pronunciamiento de la limitación del uso y disfrute del domicilio hasta la división y disolución de los bienes comunes. Cita las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3ª, de 31 marzo 2006, y sección 2ª, de 30 junio



2005 ; de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5ª, de 26 octubre 2007 y sección 3ª, de 28 julio 2004 , y Audiencia Provincial de Cantabria, sección 4ª de 11 mayo 2005 y sección 3ª, de 5 abril 2005 .

Los motivos se estiman.

TERCERO . Antes de entrar a resolver estos motivos, esta Sala se ve en la obligación de puntualizar algunas cuestiones que se plantean en relación con el recurso de casación y que determinarán la respuesta a este motivo.

Debe recordarse que el recurso se plantea en una separación de dos personas que no han contraído matrimonio, pero lo que se discute no son los efectos económicos o de otro tipo que la finalización de la convivencia plantea a los convivientes, sino que se refiere a la atribución del uso de la vivienda al menor, hijo de ambos. Se trata, por tanto, de una cuestión que debe ser resuelta fundamentalmente teniendo en cuenta el interés del niño.

1º El primer problema previo a resolver consiste en la respuesta a la pregunta de si puede aplicarse por analogía la norma del art. 96 CC , ya que ésta se refiere a la disolución del matrimonio por divorcio y el divorcio/ separación solo tiene lugar cuando se trata de matrimonios. Es cierto que en la regulación de la convivencia del hijo con sus padres cuando estén separados no existe una atribución del uso de la vivienda (art. 159 CC), pero las reglas de los arts. 156.5 y 159 CC no contradicen, sino que confirman lo que se establece en el art. 92 CC , por lo que la relación de analogía entre ambas situaciones existe, de acuerdo con lo establecido en el art. 4 CC .

2º Lo anterior responde la segunda objeción, relativa a que no puede existir aquí interés casacional, porque los casos resueltos en las sentencias que se aportan para justificar dicho interés tratan de situaciones distintas a la que se ha producido en este litigio, porque la convivencia no equivale a matrimonio. En realidad, el criterio de semejanza no se produce en relación a la situación de los padres, sino que de lo que se trata es de la protección del interés del menor, protección que es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados, en aplicación de lo que disponen los arts. 14 y 39 CE .

CUARTO .- El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones limitadoras e incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir ningún 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. 234-8 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen del bien acordado entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo en que los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

La sentencia recurrida impone un uso limitado en el tiempo de la vivienda familiar. Ello porque aunque se atribuye el uso al menor y a la madre, como titular de la guarda y custodia, se mantiene "hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes", momento en que debe entenderse que cesa dicho uso, según la sentencia recurrida. Y aunque esta pudiera ser una solución de futuro, que no corresponde a los jueces que están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), hay que reconocer que se opone a lo que establece el art. 96.1 CC . Esta norma no contiene ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, 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 esta Sala, (9 mayo 2007 , 22 octubre y 3 diciembre 2008 , entre otras), en las que se conserva el uso de la vivienda a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios en la subasta necesaria para proceder a la división.

QUINTO .- En consecuencia de lo anterior, se formula la siguiente doctrina: 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 .

SEXTO .- La estimación del recurso de casación presentado por la representación registral de Dª Aurelia , contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 19 mayo 2008 , determina la de su recurso de casación.



En consecuencia, se casa la sentencia recurrida y se repone la dictada por el Juzgado de instrucción nº 5 de Valladolid, de 13 marzo 2007 .

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

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Aurelia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1ª, de 19 mayo 2008 .

2º Se formula la doctrina de acuerdo con la cual 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 .

3º Se casa y anula la sentencia recurrida, cuyo fallo dice: *"DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACION, promovido por la representación procesal de D^a Aurelia , y ESTIMANDO PARCIALMENTE EL PROMOVIDO por D. Esteban , frente a la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia N° 5 de Valladolid de fecha de 13-3-01 , en los autos presentes DEBEMOS CONFIRMAR, referida resolución recurrida, con la SOLA EXCEPCIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO RELATIVO AL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR, para DECLARAR LA PROCEDENCIA, de su limitación hasta el momento en que se proceda a la división y disolución de los bienes comunes de ambas partes. Con imposición de las costas procesales causadas en este recurso, a la parte apelante, que haya visto desestimadas todas sus pretensiones y sin pronunciamiento respecto de las demás."*

4º Se repone la sentencia del Juzgado de instrucción nº 5 de Valladolid, de 13 marzo 2007 , cuyo fallo dice : *"Estimo sustancialmente la demanda formulada por la Procuradora Sra. De Benito Gutiérrez, en nombre y representación de Aurelia frente a Esteban , y en su virtud, se establecen las siguientes medidas: 1. Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor de edad llamado Pedro Enrique a la Actora, sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos Progenitores. 2.- Se reconoce al Progenitor no custodio el derecho a tener en su compañía a su hijo menor de edad fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la hora de entrada en el centro escolar, debiendo ser el padre, o puntualmente los abuelos paternos, en caso de que el padre no pueda recogerlo o entregarlo por razones de trabajo, el que se encargue de recogerlo y entregarlo. Igualmente el padre podrá estar en compañía del menor un mes en verano, desde las 12:00 horas del primer día que le corresponda, hasta 20:30 horas del último día del mes, siete días en Navidad y cuatro días en semana santa, debiendo de realizarse las entregas y recogidas en APROME. En caso de discrepancias el padre elegirá los años pares y la madre los años impares. 3.- Se atribuye el uso del domicilio familiar a la Actora en cuanto encargada de la guarda y custodia del menor. 4.- El progenitor no custodio abonará en concepto de alimentos 210 euros mensuales, en tanto permanezca en situación de baja laboral, incrementándose la pensión a la cantidad de 280 euros mensuales tan pronto como conste su incorporación a su actividad laboral, debiendo ingresar dicha cantidad en la cuenta que designe la Actora, dentro de los cinco primeros días de cada mes y se actualizará anualmente conforme a la variación que experimente IPC. Igualmente se hará cargo de la mitad de los gastos extraordinarios referidos a la educación y sanidad del menor Igualmente abonará el 50% de la hipoteca que grava la vivienda, así como el 50 % de los gastos extraordinarios de educación y salud del menor; todo ello sin especial imposición de las costas."*

5º No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Encarnacion Roca Trias Rubricados.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.