



Roj: **STS 853/2017 - ECLI:ES:TS:2017:853**

Id Cendoj: **28079110012017100154**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2017**

Nº de Recurso: **117/2016**

Nº de Resolución: **168/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SS 966/2015,**  
**STS 853/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 8 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipúzkoa, como consecuencia de autos de modificación de medidas n.º 21/2015, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer de San Sebastian, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Rosalia, representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Pérez González; siendo parte recurrida don Constantino, representado por el Procurador de los Tribunales don Alvaro José de Luis Otero. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.º- La procuradora doña Francisca Martínez del Valle, en nombre y representación de doña Rosalia, interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas, relativas al uso de la vivienda familiar, contra don Constantino y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«que se tenga por solicitada la modificación de medidas con el fin de otorgar el uso de la vivienda al hijo de ambos y a mi mandante que es quien ostenta la guardia y custodia, en base al art. 775 de la LEC y art. 91 del CC, y en virtud del art. 394 de la LEC se condene a costas a la contraparte».

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

2º.- La procuradora doña Amaia Oquiñena Unanue, en nombre y representación de don Constantino, 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:

«denegando la pretensión de la demandante, atribuyéndose el uso de la vivienda familiar a mi representado una vez transcurrido el plazo para el cual se le otorgó y se acuerde reducir la pensión alimentaria en favor del menor del hijo común del matrimonio al importe expresado».

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de violencia sobre la mujer de San Sebastián dictó sentencia con fecha 10 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:



«Estimo parcialmente la demanda presentada por la procuradora de los Tribunales doña Francisca Martínez del Valle, en nombre y representación de DOÑA Rosalia , contra como demandado D. Constantino .

»1.- El uso y disfrute del domicilio sito en sito en DIRECCION000 , NUM000 , NUM001 de Pasaia, vendrá atribuido a D Rosalia y a su hijo Hugo , hasta el momento de la mayoría de edad de este, o de su emancipación económica.

»2.- Se fija como pensión alimenticia a satisfacer por D. Constantino a Rosalia , en relación al hijo menor de ambos, en la cantidad de 150 euros, pagaderos en doce mensualidades, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en el número de cuenta que la madre designe a tal efecto. Dicha cantidad se actualizará, sin necesidad de previo requerimiento judicial, conforme al IPC publicado por el Instituto de precios al consumo, publicado por el Instituto Nacional de estadística u organismo que en su caso lo sustituya, siendo la fecha de la primera actualización en enero del año 2016.

»Los gastos extraordinarios que tengan su origen en los hijos menores, teniendo tal consideración, la asistencia médica y psicológica no cubierta por la seguridad social o por seguros privados, estancias en el extranjero para los hijos, excursiones, compras importantes, inscripción de los menores en campamentos y actividades que redundarían en la mejora del rendimiento académico del menor o incluso su ocio quedarán satisfechos de la siguiente manera:

»1) Los que tengan un origen médico o farmacéutico y los que teniendo lúdico o académico hubiera sido acordada por ambos progenitores o, en su defecto, hubiesen sido autorizados judicialmente, se abonarán por mitad y en partes iguales a ambos progenitores.

»2) Los que tengan un carácter lúdico y académico y no cuenten para su realización con el acuerdo de ambos progenitores o autorización judicial supletoria, serán abonados por aquel progenitor que acuerde su realización, si el gasto llegara a producirse. Los gastos reclamados deberán ser justificados oportunamente en cuanto a su importe, y en su caso, su devengo.

»Todo ello sin condena en costas»..

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Constantino . La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, dictó sentencia con fecha 9 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por doña Amaia Oquiñena, en representación de don Constantino , frente a la sentencia de fecha 10 de julio de 2015 y, con revocación parcial de dicha resolución, debemos desestimar la pretensión formulada por la actora doña Rosalia , relativa a la atribución del uso de la vivienda, debiendo estarse a lo pactado sobre dicho uso en el Convenio Regulador aprobado por la sentencia de divorcio de los litigantes.

»No procede pronunciamiento sobre las costas causadas en ninguna de las dos instancias».

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Rosalia , con apoyo en el siguiente: Motivo: Único.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 96 del CC , por aplicación indebida, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de fecha 1 de abril de 2011 (unificación de doctrina ), 14 de abril de 2011 y 21 de junio de 2011 .

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 8 de noviembre de 2016 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Alvaro de Luis Otero, en nombre y representación de don Constantino , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la inadmisión del recurso de casación.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día uno de marzo de 2017, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia 22/2013, de 16 de abril del Juzgado de violencia sobre la mujer de Donostia/San Sebastián, aprobó el convenio regulador de fecha 18 de febrero de 2013, propuesto por las partes, ahora



recurrente y recurrida, para la regulación de las relaciones paterno filiales de su hijo Hugo , nacido el NUM002 de 2010, y que, en lo que ahora interesa -uso de la vivienda familiar- dice lo siguiente:

«el uso del que ha sido domicilio familiar, sito en DIRECCION000 , NUM000 , NUM001 de Pasaia, se atribuye provisionalmente a D<sup>a</sup> Rosalia , en tanto en cuanto se le conceda o adjudique una vivienda de protección oficial, bien en régimen de alquiler o de propiedad. En cualquier caso, la Sra Rosalia abandonará la vivienda que ha sido familiar y propiedad exclusiva del S, Hugo una vez transcurrido el plazo de tres años desde la firma del presente convenio regulador (con independencia de que le hayan entregado la precitada vivienda)».

En la demanda formulada por doña Rosalia se alegaba que se habían alterado las circunstancias concurrentes en el momento de la firma del convenio regulador porque: a) no se le había concedido una vivienda de protección oficial; b) no dispone de alojamiento en la vivienda de su madre, al tratarse de una vivienda de reducidas dimensiones, en la que habitan en la actualidad, además de su madre, su hermano y su tío y c) se encuentra en situación de desempleo desde el 19 de junio de 2012.

El juzgado estimó la demanda y dejó a doña Rosalia el uso y disfrute del domicilio familiar hasta el momento de la mayoría de edad del hijo, o de su emancipación económica. La sentencia de la Audiencia Provincial, revocó la del juzgado y desestimó la demanda porque no habían variado las circunstancias tenidas en cuenta en el momento en que fue suscrito el convenio regulador.

En dicho documento, señala:

«las partes acordaron que la Sra. Rosalia y el hijo de los litigantes abandonarían la vivienda en caso de acceder la esposa a una vivienda de protección oficial y "en cualquier caso" a los tres años de la firma del Convenio, sin que el cumplimiento de tal obligación quedara condicionada (para el caso de no poder acceder a una vivienda de protección oficial antes de los tres años) a la posibilidad de que la esposa pudiera instalarse en la vivienda de su madre. Y si la Sra. Rosalia se comprometió a abandonar la vivienda conyugal, partiendo de la base de que podría instalarse en casa de su madre, debió hacer referencia a ello en el Convenio, puesto que lo que pudo ser una convicción meramente interna y personal no podía vincular a la otra parte si no se incluía como condición para el abandono de la vivienda.

«Pero es que además ni siquiera la demandante ha acreditado que concurran las circunstancias que le impiden instalarse en casa de su progenitora, tenidas en cuenta por la juez para sustentar su decisión en la salvaguarda del interés del menor.

»Aunque se alega, y así lo testificó la madre de la actora, que en la casa de esta no hay espacio para que resida en ella la Sra. Rosalia con sus dos hijos, por vivir en la misma otras dos personas, no se ha acreditado tal extremo aportando el correspondiente certificado de empadronamiento del tío y hermano de la actora.

»Pero incluso para el caso de que dicho empadronamiento constara, la declaración de la madre tampoco acredita que su hermano y su hijo deban residir necesariamente en tal vivienda con preferencia a la actora con sus hijos menores, ni tampoco se acredita la efectiva falta de espacio para que puedan vivir todos juntos en la vivienda en cuestión.

»Y finalmente, la demandante alegó la imposibilidad de residir en la casa de su madre por falta de espacio para ella y sus dos hijos resultando que uno de ellos es fruto de una relación anterior no existiendo ninguna obligación del demandado - apelante respecto del mismo.

»En definitiva, al haber suscrito la demandante un convenio donde se obligaba a abandonar la vivienda en una fecha determinada, sin supeditar tal obligación a condición alguna, no cabe alegar la modificación de unas circunstancias ajenas al Convenio Regulador.

»Puesto que si la demandante contaba con instalarse en la vivienda de su madre para el caso de que no pudiera acceder a una casa de protección oficial, es evidente que asumió tal compromiso con independencia de quien viviera en la casa de su madre en el momento de tener que abandonar el domicilio que fue familiar».

**SEGUNDO.-** En el recurso de casación que formula D<sup>a</sup> Rosalia se denuncia la infracción del artículo 96 del Código Civil , por aplicación indebida, y el desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de esta sala de 1 y 14 de abril de 2011 , y 21 de junio de 2011 , conforme a la cual, en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Se trata, die, de una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras, incluso el pacto de los progenitores debe ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

El motivo se desestima.

1º. Las sentencias citadas en el motivo, y otras posteriores (entre las más recientes la 117/2017, de 22 de febrero ), recogen la siguiente doctrina en la interpretación del artículo 96 del Código Civil :



«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 ».

«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, 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 la vulneración de los derechos de los hijos menores, 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».

2º. El art. 90.2 del C. Civil establece como requisito para los convenios reguladores, que no sean dañosos para los menores, y ocurre en este caso que el uso de la vivienda familiar se asignó por un tiempo determinado a la esposa e hijo menor de conformidad con el primero de los criterios establecido en el artículo 96 del Código Civil («en defecto de acuerdo»), y este acuerdo fue aprobado judicialmente como manifestación expresa de que el interés del menor estaba suficientemente protegido en la forma que ambos progenitores evaluaron, primero, y acordaron, después, de común acuerdo, para definir las consecuencias derivadas de la separación, tanto para el presente como para el futuro, y lo que aquí se cuestiona no es tanto este pacto como la alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de su aprobación para asignar el uso de la vivienda familiar en la forma en que lo hicieron, y esa modificación no se ha producido, como declara probado la sentencia, por lo que debe mantenerse la medida.

**TERCERO.**- En definitiva, la sentencia recurrida no ha contradicho la doctrina jurisprudencial que se invoca, referida a casos distintos del que aquí se enjuicia, ni ha infringido el artículo 96 del Código civil , por lo que se rechaza el recurso y se condena en costas a la parte recurrente, conforme a los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Rosalia , contra la sentencia dictada por la Sección 2<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa, en fecha 9 de noviembre de 2015 , que se confirma; con expresa imposición de las costas a la recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.