



Roj: **STS 800/2016 - ECLI:ES:TS:2016:800**

Id Cendoj: **28079110012016100113**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/03/2016**

Nº de Recurso: **2581/2014**

Nº de Resolución: **129/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AB 758/2014,**  
**STS 800/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a tres de Marzo de dos mil dieciséis.

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 Albacete, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso n.º 194/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Albacete, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Felicidad, el Procurador de los Tribunales don Ignacio Aguilar Fernández; siendo parte recurrida don Manuel, representado por la Procuradora de los Tribunales don doña Patricia Martín López. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El procurador don Domingo Rodríguez Romera Botua, en nombre y representación de don Manuel, interpuso demanda de juicio sobre demanda de divorcio, contra doña Felicidad y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«acordando la disolución del matrimonio por divorcio de don Manuel y doña Vicenta celebrado el 3 de abril de 2004, y aprobando las medidas que en el futuro regularán los efectos del divorcio que se indican a continuación. Todo ello con expresa imposición de costas al demandado si se opusiera de forma temeraria a esta pretensión.

Medidas que regularán los efectos de la separación y que deberán aprobarse con la sentencia:

1º.- PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA DEL HIJO: La patria potestad se ejercerá por ambos progenitores en la forma que establece el 156 del Código Civil. La guarda y custodia del hijo menor se atribuirá a Vicenta con quien residirá.

2º.- RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN CON LOS HIJOS MENORES: En cuanto al régimen de comunicación con los hijos menores D Manuel y dada la jornada laboral de mi representado, se propone un régimen de visitas amplio a fin de pueda permanecer el niño en compañía de su padre durante los periodos que este se encuentre en Albacete, teniéndolo todo ese periodo en su compañía recogiénolo para llevarlo al colegio y reintegrándolo al domicilio materno a las ocho de la tarde durante los días de la semana y los fines de semana pudiendo tenerlo en su compañía desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las ocho de la tarde con pernocta.

Vacaciones: estarán en su compañía la mitad de las vacaciones escolares, eligiendo, en caso de falta de acuerdo previo, D. Manuel los años impares y Dña. Vicenta los años pares la parte de cada período vacacional



que estará con ellos, debiendo avisar al otro progenitor de esta decisión con un mes de antelación al período vacacional por el que opte.

A estos efectos cada período vacacional (Navidad, Semana Santa y Verano) se divide en dos periodos de igual duración, coincidiendo para su cómputo el primer día con el siguiente al comienzo de las vacaciones escolares y el último con el día con el anterior al que se reinicien las clases.

Así mismo solicitamos, que a tenor de la enfermedad del menor y a los numerosos controles médicos a los que se ve sometido, se informe a mi representado de todas y cada una de las citas médicas a las que el niño deba acudir, pues es su deseo el estar presente en las mismas cuando su trabajo se lo permita, tal y como ha venido haciendo desde el nacimiento del pequeño.

3º.- USO DEL DOMICILIO Y AJUAR CONYUGAL: El uso del domicilio y ajuar conyugal se atribuirá a la esposa para que viva en el con su hijo. D. Manuel podrá sacar de la vivienda, previo inventario, sus bienes y enseres de uso personal, y en especial los siguientes objetos que son de carácter privativo de mi representado: tinaja antigua, lámpara del salón, mesa del salón, tríptico que son propiedad de la madre de mi represento y lámpara y mesa baja de forja que hizo su padre.

Se solicita igualmente de la segunda vivienda propiedad del matrimonio que sea atribuida a don Manuel , una vez finalizado el contrato de arrendamiento, en el mes de junio de dos mil doce, suscrito sobre la misma.

4º.- PENSIÓN DE ALIMENTOS: D. Manuel contribuirá a los alimentos del hijo menor, con la cantidad mensual de 250 euros. Esta cantidad será ingresada en la cuenta que al efecto designe Dña. Vicenta , por anticipado y dentro de los cinco primeros días de cada mes.

La pensión será actualizada cada año mediante la aplicación a la cifra que en cada momento deba abonarse del IPC anual elaborado por el INE o índice que lo sustituya..

Igualmente D. Manuel deberá contribuir con el cincuenta por ciento de su importe a los gastos extraordinarios de educación y sanidad.

5º.- PENSIÓN COMPENSATORIA. Al poseer ambos cónyuges independencia económica entiende esta parte que la disolución del matrimonio no produce desequilibrio, motivo por el que no deberá acordarse el establecimiento de pensión alguna.

6º.- CARGAS Y DERECHOS DEL MATRIMONIO. Los esposos tienen contraídas las siguientes cargas: Préstamo Hipotecario que grava la vivienda que constituye el domicilio conyugal, suscrito con la entidad bancaria Barclays Bank, quedando pendiente un importe aproximado de cien mil euros (100.000 euros). Ascendiendo el pago, a una cuota mensual de 490,01 euros. Préstamo Hipotecario que grava la vivienda que constituye el domicilio conyugal, suscrito con la entidad bancaria Barclays Bank, quedando pendiente un importe aproximado de cien mil euros (103.800 euros). Ascendiendo el pago a una cuota mensual de 414,85 euros. Ascende el total del pago de sendos préstamos hipotecarios a 904,86 euros mensuales, si bien se percibe en concepto de alquiler de una las viviendas la cantidad mensual de 500 euros, que se destinan al pago los préstamos hipotecarios, quedando pendiente por tanto la cantidad 404,86 euros mensuales, correspondiendo a cada uno de los cónyuges la cantidad de 202,43 euros mensuales, todo ello hasta que finalice el arrendamiento de la vivienda de la Gineta en el mes de junio del presente año 2.012.

De ellas deberán hacerse cargo por partes iguales ingresando cada uno de ellos en la cuenta corriente que se designe, mensualmente y por anticipado la cantidad de 202,43 euros. Esta cifra deberá ser actualizada en atención a la cuantía que se deba abonar, manteniendo siempre la proporción de imputación a partes iguales que permita hacer frente a las deudas pendientes.

7º.- RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. La sentencia producirá la DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.»

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.

2.- El procurador don Jacobo Sierra González, en nombre y representación de doña Felicidad , 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:

«teniendo por consentido el divorcio solicitado de contrario, se adopten como medidas a regir las futuras relaciones de los litigantes en interés del hijo de ambos menor de dad, las indicadas por esta parte en el hecho noveno de esta contestación, al que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, declarando disuelta



la sociedad ganancial como régimen económico vigente constante al matrimonio y con expresa imposición de costas del procedimiento al demandante».

3.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Albacete, dictó sentencia con fecha 8 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«estimando la demanda formulada por el procurador D Domingo Rodríguez-Romera Botija en nombre y representación de Manuel frente a Dña. Felicidad declaro disuelto por divorcio el matrimonio contraído el día 3 abril de 2004 inscrito en el Registro Civil de Albacete, con todos los efectos legales inherentes a dichas declaraciones, acordando las siguientes medidas

1º. El hijo permanecerá bajo la guarda y custodia de la madre, con ejercicio compartido de la patria potestad con el otro progenitor. 2º. Se atribuye el uso de la vivienda familiar mobiliario ajuar doméstico al hijo y la madre pudiéndole esposo retirar sus enseres y objetos de uso personal, si no lo hubiera ya efectuado

2º. El uso de la vivienda sita en la Gineta se atribuye a D. Manuel, una vez finalice el contrato de arrendamiento.

3º. Salvo que los cónyuges lo acuerden en otros términos, se establece como régimen de visitas, comunicaciones y permanencias del hijo con el padre el siguiente;

Durante los días entre semana que el padre permanezca en Albacete, podrá recogerlo del colegio y tenerlo en su compañía hasta las 20 horas en que lo restituirá al domicilio familiar, y para el caso de que la estancia del padre, se prolongue hasta el domingo, se incluirá el fin de semana desde el viernes a la salida del colegio, hasta las 20 horas de domingo, permaneciendo con la madre el fin de semana siguiente.

- Si la estancia del padre en Albacete en periodo de alta laboral fuera de más de una semana, y se prolongara a quince días o más, la segunda semana o las siguientes se limitarán a dos días, en iguales términos que para los periodos de baja de manera que la primera semana pueda permanecer con el hijo los días que permanezca en Albacete incluido el fin de semana Y la siguiente dos días, martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20 horas, alternándose en los fines de semana.

- El padre deberá comunicar a la madre con dos días de antelación los días de estancia en Albacete.

- El régimen anterior, se mantendrá durante los meses de trabajo del padre de manera que durante los dos o tres meses de baja, el régimen será de dos tardes a la semana, que en defecto de acuerdo, serán los martes y los jueves, desde la salida del colegio hasta las 20 horas, y fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas.

- Vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa, y verano: de Navidad se dividirán en dos periodos, el primero desde día inmediatamente posterior al comienzo de las vacaciones escolares hasta las 20:30 horas del día 30 de diciembre; el segundo desde las 20:30 horas del día 30 de diciembre hasta el inmediatamente anterior al del comienzo de las clases.

- El día de Reyes, seis de enero, el progenitor que no tenga al hijo en el segundo periodo, podrá recoger en el domicilio en que se encuentre a las 17 horas, reintegrándolos a dicho domicilio a las 20:30 horas.

- Las de Semana Santa, se dividirán en dos periodos de igual duración correspondiendo a cada progenitor tener en su compañía a los hijos durante uno de esos periodos.

- Las vacaciones de verano, se disfrutarán por quincenas alternativas durante los meses de julio y agosto. La primera semana de septiembre la disfrutará el progenitor a quien no haya correspondido la segunda quincena de agosto.

A falta de acuerdo en la elección del periodo correspondiente, elegirá la madre en los años impares y el padre en los pares, debiéndose comunicar el periodo elegido al menos con una semana de antelación.

5º D. Manuel, abonará en concepto de pensión alimenticia para el hijo la suma de 500 euros en doce mensualidades al año, desde la fecha de interposición de la demanda. Dicha cantidad se hará efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que a tal efecto designe la madre y se actualizará anualmente conforme a las variaciones que experimente el TPO publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

Los gastos médico-sanitarios, no cubiertos por los sistemas públicos o por seguros privados, se sufragarán por mitad entre ambos progenitores, siendo necesario el acuerdo previo para cualquier consulta médica privada, salvo por razones de urgencia, y previa justificación documental, para su abono.



Los gastos de índole educativo tales como matrículas, libros de texto, material escolar de inicio del curso se sufragaran por mitad previa justificación documental

Los derivados de actividades extraescolares que el menor viene realizando en la actualidad, se afrontaran al 50% previa justificación documental. El resto de actividades extraescolares o lúdicas que pueda realizar en el futuro se sufragarán por mitad, previo acuerdo en la adopción del gasto y justificación documental.

Ambos cónyuges contribuirán al 50% al pago de las cargas que pesan sobre la propiedad de los bienes comunes, tales como IBI, y seguros, préstamos hipotecarios y gastos de mantenimiento necesarios para la propiedad los bienes comunes, que no deriven del mero uso o comodidad del ocupante siendo de cargo de quien tenga atribuido el uso, los derivados de los consumos y suministros.

6°. Se atribuye el uso del vehículo Mercedes matrícula .... a la esposa siendo de su cargo los gastos que deriven de su uso.

7°. No procede fijar pensión compensatoria.

No se hace pronunciamiento de condena en costas».

Con fecha 3 de mayo de 2013, se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva DICE:

«Se aclara la tercera medida del fallo de la sentencia en el sentido que se expone en el fundamento de derecho segundo de esta resolución. No ha lugar a la aclaración y comento de la sentencia ni en lo referente al uso de la vivienda sita en la Gineta, ni en lo relativo a las vacaciones de la última semana de junio».

**SEGUNDO.**- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de doña Felicidad . La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete, dictó sentencia con fecha 8 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Felicidad contra la sentencia dictada en fecha 8 de marzo de 2.013 por la Ilma.Sra.

Magistrada-Juez de Primera Instancia nº 6 de Albacete, CONFIRMAMOS dicha resolución, hacer expreso pronunciamiento de condena en materia de costas».

**TERCERO.**- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Felicidad , con apoyo en los siguientes Motivos: Primero.- Cita como preceptos legales infringidos los artículo 3 , 7 , 96 y 349 del Código Civil , así como los artículos 24 y 33 de la CE , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Segundo.- Se cita como preceptos infringidos los artículos 91 y 93 del Código Civil , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 5 de octubre de 2015 , 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, la procuradora doña Patricia Martín López, en nombre y representación de don Manuel , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 16 de febrero de 2016, en que tuvo lugar.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- El primer motivo del recurso de casación se formula contra la sentencia que atribuye al esposo el uso de una vivienda que no constituye el domicilio familiar porque "si se considerara que el demandante, además de tener que afrontar el pago de la pensión de los gastos de los bienes gananciales, tuviera que hacer frente también al alquiler de su propia vivienda, vería resentida su capacidad económica y ello redundaría en una reducción del importe de la aludida pensión".

En el motivo se citan como infringidos los artículos 3.7 , 96 , 348 y 349, todos ellos del Código Civil , y como fundamento del interés casacional se cita como opuesta a la recurrida la sentencia de esta Sala de fecha 9 de mayo de 2012 .



Se estima.

La sentencia de esta Sala de 9 de mayo de 2012 , reiteradas en otras posteriores, como la de 19 de diciembre 2013 , deja poco margen de interpretación a lo que aquí se discute.

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio, que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El art. 91 CC solo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC . El art 774.4 LEC repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el art. 233-20.6 del Código civil de Cataluña permite esta atribución, sino que solo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio.

Existen varias razones para llegar a esta conclusión, dejando aparte la interpretación literal del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento, a la que se ha aludido:

1ª La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rija las relaciones entre cónyuges.

2ª La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del art. 806 y ss LEC , en defecto de acuerdo previo.

3ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurre en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el art. 103, 4ª CC , que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes.

En consecuencia, debe formularse la siguiente doctrina, a los efectos de unificar la de las Audiencias Provinciales en esta materia: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

**SEGUNDO.**- En el motivo segundo se citan como preceptos legales infringidos los artículos 91 y 93 del Código Civil , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de esta Sala expresada en la sentencia de 13 de julio de 2012 . Argumenta el interés del menor sobre la base de que padece una enfermedad de las denominadas raras (colitis eosinofílica), de difícil tratamiento y que se caracteriza por una alergia alimenticia múltiple, que requiere atención constante sobre las reacciones que causen en el los alimentos que se le van introduciendo. Por consenso de sus progenitores, se dice, dicho menor solo ingiere treinta tipos de alimentos, todos ellos ecológicos, lo que supone un coste aproximado de 600 euros mensuales resultando por ello contrario al interés del menor el fijar como importe de la pensión de alimentos la suma de quinientos euros, siendo más acorde con dicho interés la suma de 1.100 euros.

Se desestima

Es cierto, y así lo dice la sentencia que se cita en el motivo, que el juez debe resolver teniendo en cuenta el interés de los menores, lo que le permite decidir, conforme a lo establecido en el Código civil, lo que sea más conveniente para ellos en defecto de acuerdo de los cónyuges ( art. 91 CC y 774.4 LEC ). Ocurrió así entre ambos padres que antes de producirse la ruptura decidieron que la alimentación del niño fuera con productos ecológicos. Pero es evidente que fijada la capacidad económica del alimentante, distinta tras la ruptura matrimonial, habrá de estarse a las necesidades del alimentista, que también se tuvieron en cuenta en la sentencia, y entre estas necesidades no está la de que consuma necesariamente productos ecológicos, y menos aún por el importe que se pretende cargar casi en exclusiva al padre, como si fuera el único obligado a alimentarle de esta manera. La sentencia ha hecho una correcta evaluación de las circunstancias concurrente y a ellas habrá de estarse salvo que se quiera convertir a esta Sala en una tercera instancia.

**TERCERO.**- En consecuencia, se estima el primer motivo y se desestima el segundo; todo ello sin hacer especial declamación en cuanto a las costas causadas, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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





## FALLAMOS

- 1.- Estimar en parte el recurso de casación formulado por doña Felicidad , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Albacete -Sección 1ª - de fecha 8 de julio de 2014 .
- 2.- Casar la sentencia en el único sentido de dejar sin efecto el uso en favor del esposo de la vivienda sita en la Gineta. Se mantiene en todo lo demás.
- 3.- No hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en ninguna de ambas instancias ni en este recurso de casación.

Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de la Sala.

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 Antonio Salas Carceller. Eduardo Baena Ruiz. Fernando Pantaleon Prieto. 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CEJ