



Roj: **STS 1889/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1889**

Id Cendoj: **28079110012016100275**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/05/2016**

Nº de Recurso: **129/2015**

Nº de Resolución: **284/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP LU 727/2014,**  
**STS 1889/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 3 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Lugo, como consecuencia de autos de juicio de divorcio contencioso n.º 84/14, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Monforte de Lemos, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Marcos , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Nicolás Maestre Azurmendi; siendo parte recurrida doña Zaida , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Myriam Álvarez del Valle Lavesque. 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.-** 1º.- La procuradora doña Fanny Josefina Crespo Vázquez, en nombre y representación de doña Zaida , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Marcos y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«estimando la pretensión y en consecuencia, declarar la disolución por DIVORCIO del matrimonio contraído entre mi mandante y el demandado en Monforte de Lemos el 18 de julio de 1998 (constando inscrito al Tomo 64 página 28), acordando como MEDIDAS que han de regir, a falta de convenio regulador entre las partes, las siguientes:

1.- Se otorgue a la esposa la custodia de la hija menor de edad, fijándose un régimen de visitas a favor del padre: de 13 a 19 horas los sábados y los domingos alternos.

2.- Se fije la cantidad de 350 euros que en concepto de alimentos para su hija, que deberá abonar el demandado a su esposa, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que designe aquella y que deberá ser revalorizada anualmente conforme a las variaciones de JPC. Además. deberá abonar el padre el 50% de los gastos extraordinarios de su citada hija.

3.- Se declare que de conformidad con lo dispuesto en el art. 148 del Código Civil los alimentos que en su día se señalen por el Tribunal a favor de la hija común de los litigantes, deberán ser abonados por el demandado DESDE LA FECHA EN QUE SE INTERPONE LA DEMANDA.

4.- Se atribuya a doña Zaida y Marí Trini el uso del que fue el domicilio familiar sito en Seoane-A Gándara-Monforte de Lemos así como el mobiliario y ajuar conyugal.



5.- Se condene en costas al demandado si se opone a esta demanda».

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.- La procuradora doña María Soledad Seoane Portela, en nombre y representación de don Marcos , 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:

«se dicte sentencia por la que, con desestimación íntegra de la demanda, se absuelva al demandado de las pretensiones ejercitadas de contrario con expresa condena en costas de la parte actora y, por tanto, se mantengan las medidas provisionales establecidas en el procedimiento 302/2013 seguidas en este juzgado y, por tanto;

1.- Se declare la disolución del matrimonio contraído por la actora y mi representado.

2.- Se otorgue la guardia y custodia de la hija en común a la madre ejercitando la patria potestad ambos progenitores.

3.- Se establezca un régimen de visitas a favor del padre de fines de semana alternos, desde las 20 horas de los viernes las 20 horas del domingo.

En cuanto a las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, corresponderán por mitad a cada progenitor las vacaciones escolares, se dividirán en dos mitades, la primera desde las 20:00 horas del día en el que finalizan las clases hasta las 20:00 horas del 30 de diciembre y la segunda desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas del día inmediatamente anterior a que inicien las clases, correspondiendo la primera mitad al padre en los años pares y la Segunda en los impares.

4.- Se fije la cantidad de 200 euros en concepto de pensión de alimentos, más el

50 % de los gastos extraordinarios, que el padre deberá abonar en la cuenta que designe la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

5.- Se desestime la pretensión de la atribución del domicilio que fue el familiar sito en Seoane A Gándara de este municipio, así como el mobiliario y ajuar doméstico a la demandante, debido a que la misma ya tiene su propia vivienda habiendo abandonado el domicilio que en su día fue familiar hace más de un año y siendo la vivienda de mi representado de acuerdo con la liquidación de bienes realizada por ambos.

6.- Se condene a la demandante a las costas de este procedimiento.»

**SEGUNDO.-** 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 1 de Monforte de Lemos, dictó sentencia con fecha 16 de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue fallo:

«...acuerdo la DISOLUCIÓN por divorcio del matrimonio formado por Dª Zaida y D. Marcos con todos los efectos legales que se deriven de dicha declaración por ministerio de la Ley.

Se adoptan las siguientes medidas:

Se atribuye la patria potestad conjunta de ambos progenitores, D. Marcos y Dª Zaida , de la hija menor de edad habida en común, Marí Trini . Se atribuye la guarda y custodia de Marí Trini a favor de Dª Zaida

Se establece el siguiente régimen de visitas a Marí Trini a favor de su padre D. Marcos : Los fines de semana alternos, desde las 20 horas de los viernes hasta las 20 horas del domingo horas recogiendo y devolviéndola el padre al domicilio familiar Seoane-A Gándara-Monforte de Lemos al fin de la visita.

En las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, corresponderán por mitad a cada progenitor las vacaciones escolares, se dividirán en dos mitades, la primera desde las 20:00 horas del día en el que finalizan las clases hasta las 20:00 horas del 30 de diciembre y la segunda desde las 20:00 horas del día 30 de diciembre hasta las 20:00 horas inmediatamente anterior a que inicien las clases, correspondiendo la primera mitad al padre en los años pares y la segunda en los impares. Entrega y recogida en el domicilio familiar de Seoane-A Gándara-Monforte de Lemos. Deberá el padre, D. Hernan , en concepto de pensión alimenticia a su hija menor Marí Trini , ingresar todos los meses, la cantidad de 200 € mensuales en total, en la cuenta que designe Doña Zaida , por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes. La pensión se actualizará anualmente conforme al incremento que experimente el I.P.C. general o índice que en el futuro le sustituya, con referencia al 1 de enero de cada año. Dentro del concepto de pensión de alimentos, pero dado que se producen



anualmente y suponen un gran desembolso, debe incluirse la obligación del actor de sufragar el 50% de los gastos que exige el colegio al inicio del curso escolar en septiembre (libros, material...).

Así mismo se establece en un 50%, diferenciando entre los gastos extraordinarios necesarios (gastos médicos y farmacéuticos no cubiertos por las seguridad social, y clases necesarias de apoyo escolar) y los no necesarios (concepto en el que se incluirían hipotéticos cursos de verano, campamentos, excursiones), siendo necesario el previo consentimiento de ambos progenitores o en caso contrario ser asumidos por el progenitor que decida llevarlos a cabo. Al objeto de que no existan problemas en el abono de la mitad de los gastos al progenitor que hubiera efectuado el gasto siendo procedente por tanto el pago de la otra mitad por el otro progenitor, se deberán notificar las facturas fehacientemente las facturas por medio de copia o recibos detallados al otro progenitor, quien a partir de esta notificación dispondrá de un plazo de 10 días para realizar el pago de su 50% de los gastos extraordinarios.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 148 del CC, dichos alimentos deberán ser abonados por el alimentante desde la fecha de interposición de la demanda. Se concede a la hija menor, Marí Trini, y a doña Zaida el uso del domicilio familiar sito en Seoane-A Gándara- Monforte de Lemos junto con el ajuar y mobiliario doméstico existente en el mismo.

No se imponen las costas del presente procedimiento a ninguna de las partes».

**TERCERO.** - Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación, por la representación procesal de don Marcos. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo, dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que desestimando el recurso formulado contra la sentencia dictada en fecha 16 de julio de 2014 por el Juzgado de 1º Instancia nº 1 de Monforte de Lemos, debemos confirmar y confirmamos la misma y sin hacer expresa imposición de las costas de esta alzada».

**CUARTO.** - Contra la expresada sentencia el apelante don Marcos, interpuso recurso de casación en base a los siguientes Motivos: Primero.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil por aplicación indebida. Segundo.- La sentencia que se recurre se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, STS de 5 de noviembre de 2012, 10 de octubre de 2011. Tercero.- Necesidad de unificación por el Tribunal Supremo de la interpretación de la norma que se considera infringida por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, representada por la contenida en la sentencia que se recurre y la sentencia de 12 de mayo de 2006 de la sección 22º de la Audiencia Provincial de Madrid.

**QUINTO.** - Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 4 de noviembre de 2015, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.** - Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Myrian Álvarez del Valle Lavesque, en nombre y representación de doña Zaida, presentó escrito de impugnación al mismo.

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

**SÉPTIMO.** - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de abril de 2016, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Se formula recurso de casación contra la sentencia que, en juicio de divorcio, atribuye a la esposa e hija menor del matrimonio el uso del domicilio familiar. El artículo 96, dice la sentencia, "no permite establecer ningún límite en la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo y siempre que ello responda al interés y beneficio del menor, porque el interés que se protege mediante ella no es la propiedad de los bienes sino los derechos que tiene el menor en caso de crisis de la pareja y salvo pacto de los progenitores que deberá ser controlado por el juez. Es decir, que se mantiene el uso de la vivienda en el sentido indicado a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios. Es decir priva el interés del menor...El hecho de que en medidas provisionales se atribuyese el uso al cónyuge no custodio no imposibilita que pueda cambiarse tal criterio en las medidas definitivas acordadas en sentencia y el hecho de que en separación de bienes (liquidación ganancial) se atribuyese a aquel la propiedad del inmueble no afecta a la concesión del uso temporal del mismo durante el tiempo legalmente procedente y como mínimo, durante la minoría de edad de la hija".



El recurso se formula por interés casacional por infracción del artículo 96 del Código Civil y por oposición a la doctrina de esta Sala contenida en las sentencias de 5 de noviembre de 2012 y 10 de octubre de 2011 . También por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales. El recurso se justifica porque la vivienda ha perdido el carácter familiar que tenía desde el momento en que se le adjudicó al esposo en la liquidación del régimen económico matrimonial (enero 2013) y la esposa adquirió como consecuencia de dicha liquidación otra vivienda (15 de febrero 2013) a la que se fue a vivir en compañía de la hija.

**SEGUNDO.-** El recurso se estima.

La sentencia de 5 de noviembre 2012 , que reiteran las de 15 de marzo de 2013 y 16 de enero 2015 , declara lo siguiente: El interés sin duda prevalente de la menor demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del CC , se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Ocorre que, en principio, la situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio de los progenitores, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio. Por ello el artículo 96.1 del CC atribuye el derecho de uso a la hija menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154. 2. 1ª del CC . El artículo 96.1, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011 , presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1.

Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose 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. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat , que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) ( STS 10 de octubre 2011 ).

En el presente caso se dan los dos supuestos pues la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación. La sentencia recupera el carácter familiar de la vivienda que dejó de serlo por voluntad de los interesados, y ello contradice la jurisprudencia de esta Sala. La atribución del uso a la menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, como dicen las sentencia de 29 de marzo y 10 de octubre de 2011 , y esta tutela de los intereses del menor, siempre prevalentes, se procuró en su momento y se mantiene en la actualidad; actualidad que es ajena a las vicisitudes posteriores desde el momento en que dejó de tener el carácter al que la norma asocia el uso.

**TERCERO.-** La estimación del recurso de casación supone desestimar el recurso de apelación y asumir la instancia para dejar sin efecto la sentencia del Juzgado sobre la medida de uso y disfrute de la vivienda. Será el esposo quien, como propietario de la vivienda, disfrutará en dicha condición de la misma. En materia de costas procesales, no se hace especial pronunciamiento de las causadas en ninguna de las instancias, sin hacer especial mención de las de este recurso, a tenor de lo dispuesto en los artículos 398 y 394, ambos 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

**1 °-** Estimar el recurso de casación interpuesto por don Marcos , frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo -Sección 1ª- de 19 de noviembre de 2014, en el rollo de apelación 495/2014 . **2 °-** Casar y anular dicha resolución y con estimación del recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Monforte de Lemos, dejamos sin efecto la medida de uso y disfrute de la vivienda, poniéndose esta a disposición del recurrente, manteniéndola en todo lo demás. **3 °-** No hacer expresa imposición de las costas procesales de ninguna de las instancias ni especial mención de las de este recurso de casación. Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala en su día enviados



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ