FELIPE FERNANDO MATEO BUENO
Tlf. 976 254 674 - Fax. 976 235 146
[redacted]

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

CASACIÓN núm.: 982/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 641/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 20 de noviembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra la sentencia dictada con fecha 15 de enero de 2018 por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, en los autos de juicio n.º 270/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Valladolid, sobre modificación de medidas. Ha sido parte recurrida don [redacted],

FELIPE FERNANDO MATEO BUENO
Tlf. 976 254 674 - Fax. 976 235 146

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

representado por la procuradora doña [redacted] bajo la dirección letrada de don Felipe Fernando Mateo Bueno.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º- El procurador don [redacted], en nombre y representación de don [redacted] interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas, contra doña [redacted] y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«estimando la demanda, se acuerde la modificación de las medidas aprobadas en los autos de divorcio contencioso, en los términos expuestos en la presente demanda, declarándose la extinción del derecho de uso de la vivienda que constituyo el domicilio familiar en favor de la madre con los hijos pudiendo las partes proceder a la venta de la misma o a su adjudicación a uno de ellos con el consiguiente abono al otro del importe correspondiente, y alternativamente y si no se estimase dicha pretensión principal se modifique la pensión de alimentos que el padre satisface reduciéndola a la suma de ciento veinticinco euros para cada uno de los hijos, con imposición de costas a la demandada en el caso de que se opusiese a las pretensiones de la demanda».

2.º- 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.

3.º- El procurador [redacted], en nombre y representación de [redacted], 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 desestime íntegramente la demanda en todos sus pedimentos, con expresa condena en costas al demandante; subsidiariamente, para el supuesto de que se acredite un incremento sustancial en los ingresos del padre y/o llegara a limitarse el derecho de uso y disfrute de la vivienda familiar otorgado a la madre y a los hijos, procedería el incremento de la pensión de alimentos de los menores de cara a sufragar los gastos que supondrían el alquiler

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

de una vivienda para ellos, obligación 'inherente que también incumbe al progenitor no custodio».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Valladolid, dictó sentencia con fecha 17 de abril de 2917, cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«-Se estima parcialmente la demanda de modificación de medidas solicitada por la procuradora [redacted] en nombre y representación de [redacted] frente a [redacted] acordando lo siguiente:

»-Se mantiene la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar sito en la calle [redacted] en la forma estipulada en la sentencia de divorcio de 16 de enero de 2014 (autos de divorcio contencioso n°825/2013).

»-Se acuerda modificar el importe de la pensión alimenticia que el padre abona por sus hijos reduciéndose de 500 euros mensuales que se estipuló en la sentencia de divorcio a cuatrocientos euros mensuales (400), doscientos euros mensuales por cada hijo (200), actualizables anualmente conforme a lo estipulado en la sentencia de divorcio.

»-No se hace expresa imposición de costas».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don [redacted]. La Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 15 de enero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«-Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto a nombre de Don [redacted] contra la sentencia dictada por la lima. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valladolid en fecha 17 de abril de 2017 en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar y revocamos la aludida resolución en los particulares siguientes:

»-Declaramos que el derecho de uso de la vivienda sita en la Calle [redacted] atribuido en su día a esposa e hijos quedara extinguido en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

»-Dejamos sin efecto el pronunciamiento que reduce la pensión alimenticia de los hijos a la suma de 200 euros por cada hijo.

»-No hacemos imposición de las costas de esta alzada».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación el Ministerio Fiscal con apoyo en el siguiente: Motivo: Único.- Infracción del art. 96.1. CC, por vulneración en este tipo de procedimientos del principio prioritario del interés del menor, conforme a la jurisprudencia de esta Sala.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto de fecha 16 de mayo de 2018, 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 [redacted], en nombre y representación de doña [redacted], y la procuradora doña [redacted], en nombre y representación de don [redacted], presentaron escritos de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para pleno de la Sala para el día 16 de octubre de 2018, en que tuvo lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se centra la cuestión controvertida en la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de uso.

La sentencia ahora recurrida declara extinguido el derecho de uso en el momento en que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. Lo argumenta de la siguiente forma:

«la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente. Por ello la sentencia de la Sala Primera de 19 de noviembre de 2013 solo considera vivienda familiar aquella en que la familia haya convivido, con una voluntad de permanencia de manera que usando este criterio consideramos que desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar. Porque como señala la sentencia citada no puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del

FELIPE FERNANDO MATEO BUENO
Tlf. 976 254 674 - Fax. 976 235 146

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

matrimonio y estimamos que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial».

Contra la citada sentencia se interpone recurso de casación por el Ministerio Fiscal, fundado en un único motivo por infracción del artículo 96.1 del Código Civil. Considera que en esta clase de procedimientos debe primar el interés del menor, no el patrimonial de los progenitores. Respecto de la jurisprudencia invocada en la sentencia recurrida, sentencias 18 de noviembre de 2013 y 23 de enero de 2017, parte de un supuesto fáctico diferente al enjuiciado, pues atiende al carácter no familiar de la vivienda o a no ser ésta necesaria por encontrarse satisfechas sus necesidades de otro modo, y que en la sentencia 19 de enero de 2017, que se refiere a la presencia de un tercero, nueva pareja en el domicilio familiar, no se plantea como efecto del derecho de uso, sino de la prestación alimenticia establecida.

SEGUNDO.- Sobre el asunto que se trae a resolver no se ha pronunciado directamente esta sala. La presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, fue resuelto en la sentencia 33/2017 de 19 enero, pero no en relación a la medida de uso, sino desde la rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los menores, en congruencia con lo que había planteado el recurso.

La sala ratifica los argumentos y pronunciamiento de la sentencia recurrida y desestima el recurso.

1. La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habérsele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio. Una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en

cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código Civil.

Una vez más se advierte la insuficiencia del artículo 96 del Código Civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar.

2. La sentencia 221/2011, de 1 de abril, formuló la doctrina siguiente:

«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».

Esta doctrina ha sido aplicada en sentencias posteriores (236/2011, de 14 abril; 257/2012, de 26 abril; 117/2017, de 22 de febrero y 168/2017 de 8 marzo).

Sin duda, el interés prevalente del menor 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 sí no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese momento. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también 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.

FELIPE FERNANDO MATEO BUENO
Tlf. 976 254 674 - Fax. 976 235 146

3. 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, 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. 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 (sentencias 671/2012, de 5 de noviembre; 284/2016, de 3 de mayo; 646/2017, de 27 de noviembre y 181/2018 de 4 abril).

4. La remisión al interés del menor para valorar esta nueva situación exige tener en cuenta los cambios introducidos en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de Protección Jurídica del Menor. Se trata de una Ley que desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, algo que no es nuevo, teniendo en cuenta, entre otras cosas: a) que este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara y b) que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir.

5. La solución dada en la sentencia recurrida no vulnera este interés, ni contradice la jurisprudencia de esta sala en la interpretación del artículo 96 del CC:

(i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera

persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su uso a una familia distinta y diferente», como dice la sentencia recurrida.

(ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.

El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda.

TERCERO.- No se hace especial declaración en cuanto a costas del recurso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.4 Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberlo formulado el Ministerio Fiscal.

F A L L O

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

Desestimar el recurso de casación formulado por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid -Sección 1ª-, de 15 de

FELIPE FERNANDO MATEO BUENO
Tlf. 976 254 674 - Fax. 976 235 146

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

enero 2018, en el rollo de apelación 394/2017; sin expresa declaración en cuanto a costas.

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

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

Así se acuerda y firma.