

Cabecera: Modificación de medidas de hijos menores. Cambio de la atribución de la vivienda propiedad del padre, por la vivienda propiedad pro indiviso del padre y de la madre, que no perjudica el interés del menor. Doctrina jurisprudencial.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Xavier O'callaghan Muñoz

Origen: Tribunal Supremo

Fecha: 16/01/2015

Tipo resolución: Sentencia

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 5/2015

Número Recurso: 2178/2013

ENCABEZAMIENTO:

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Enero de dos mil quince.

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 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, como consecuencia de autos de juicio de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Bilbao, cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro, en nombre y representación de Dª Eulalia ; siendo parte recurrida el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de D. Fermín . Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- **1.-** La Procuradora Dª Marta Arruza Doueil, en nombre y representación de D. Fermín , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Eulalia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que *se acuerde modificar las medidas contenidas en la sentencia de fecha 5 de octubre de 2007 , relativa a la pensión alimenticia y domicilio fijada en favor del menor y, de conformidad con la alteración de las circunstancias, se acuerde modificarlas estableciendo: Se establece en concepto de pensión de alimentos para el hijo la cantidad de 275 euros mensuales que el esposo deberá hacer efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada por la madre, durante doce mensualidades anuales, así como el 50 % de los gastos extraordinarios que se causen. Dicha cantidad será actualizada anualmente de conformidad con el Índice de Precios al Consumo (I.P.C.) que el Instituto Nacional de Estadística o su equivalente señale. B.- Se atribuye a la madre e hijo menor el uso de la vivienda familiar sita en Bilbao C/ DIRECCION000 NUM000 - NUM001 , desafectando de tal carácter y adjudicación la hasta hoy vigente de C/ DIRECCION001 NUM002 - NUM003 de Bilbao. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada si se opusiera temerariamente a la presente demanda.*

2.- El procurador D. Germán Ors Simón, en nombre y representación de D^a Eulalia contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que *desestimando íntegramente la demanda mantenga vigentes las medidas que se contienen en la* sentencia nº 491 de 5 de octubre de 2007, dictada por el juzgado al que me dirijo, en el procedimiento de medidas con hijos nº 477/07 -R, *con expresa imposición de costas a la parte actora.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Bilbao, dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *DESESTIMO la demanda formulada por D. Fermín contra D^a Eulalia , sobre modificación de las medidas definitivas en vigor, con expresa imposición al actor de las costas del procedimiento.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Fermín , la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, dictó sentencia con fecha 26 de junio de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por D. Fermín contra la sentencia de fecha 11 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Bilbao , en los autos de modificación de medidas nº 498/12 de que el presente rollo dimana; debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, declarando extinguido la atribución del uso en favor del menor, de la vivienda sita en la c/ DIRECCION001 , atribuyendo a dicho menor y a su progenitora custodia el uso de la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 . Sin pronunciamiento sobre las costas en ninguna de las dos instancias. Devuélvase a D. Luis Pedro el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el secretario judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución*

TERCERO .- 1.- El procurador D. Germán Ors Simón, en nombre y representación de D^a Eulalia , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO** .- Al amparo de lo dispuesto en el ordinal 3º del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el punto 3º del párrafo 2º del citado artículo por infracción de la doctrina emanada de la Sala 1ª del Tribunal Supremo; cuya sentencia recurrida desvirtúa el contenido del artículo 96 del Código civil .

2.- Por Auto de fecha 1 de julio de 2014, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

3 .- Evacuado el traslado conferido, el procurador D. José Luis Martín Jaureguibeitia en nombre y representación de D. Fermín y el Ministerio Fiscal presentaron escritos de oposición al recurso interpuesto de contrario.

4 .- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 7 de enero de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO .- **1.-** Los actuales litigantes don Fermín y Doña Eulalia formaron una pareja de hecho, análoga al matrimonio, habiendo tenido un hijo, nacido el NUM004 1997.

Rota la convivencia se dictó sentencia el 5 octubre 2007 en autos de medidas de hijos menores, que aprobó el convenio que las partes suscribieron, que había establecido una pensión de alimentos para el hijo de 550 mensuales, actualizables conforme al IPC y atribuyendo al hijo menor y a la madre el uso de la vivienda familiar, sita en la DIRECCION001 , de Bilbao.

2.- Posteriormente, en 2012, don Fermín ha presentado demanda de modificación de medidas, alegando una alteración sustancial de las circunstancias, por descenso en la posición económica del padre y mejora en la de la madre.

En lo relativo al domicilio familiar alegó que el primer domicilio familiar fue en la DIRECCION000 , de Bilbao, propiedad *proindiviso* de ambos convivientes, hoy litigantes, trasladándose más tarde a la DIRECCION001 de la misma ciudad, propiedad exclusiva del demandante señor Fermín . Dado que aquel piso estaba en arrendamiento y éste se ha extinguido, quedando libre, interesa que la madre y el menor se muden al primero y, precisa que "el menor nada va a perjudicarse por ello".

Asimismo, interesó la reducción de la pensión a 275 mensuales, lo que ha sido rechazado en la instancia y no se ha planteado en casación.

3.- La sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 5 de familia, de Bilbao, de 11 diciembre 2012 desestimó la demanda. Analizó con detalle los presupuestos de la modificación de medidas y, entrando en el caso, estimó que no constaba que se hubieran alterado las bases que determinaron la cuantía de la pensión acordada, y, en cuanto a la vivienda, dice literalmente que

"La modificación relativa al uso de la vivienda familiar se desestima, dado que la vivienda a la que se pretende trasladar al menor no es la vivienda familiar contemplada en el artículo 96 del Código civil y tampoco se han acreditado en circunstancias excepcionales que apartándose del precepto permitieran un pronunciamiento como el pretendido"

El demandante, don Fermín formuló recurso de apelación contra la anterior sentencia. La Audiencia Provincial, Sección 4ª, de Bilbao, en su sentencia de 26 junio 2013 la revocó parcialmente: mantuvo la pensión alimenticia a favor del hijo menor y revocó lo acordado en primera instancia *declarando extinguido la atribución de uso en favor del menor, de la vivienda sita en la DIRECCION001 , atribuyendo a dicho menor y a su progenitora custodia el uso de la vivienda sita en la DIRECCION000 .*

La resolución de esta sentencia sobre la pensión de alimentos a favor del hijo menor ha quedado firme, ya que el padre, condenado a su pago al desestimarse la demanda en este extremo, se ha aquietado y no ha formulado recurso.

Por el contrario, la madre, D^a Eulalia ha formulado recurso de casación, en un motivo único que viene referido exclusivamente a la cuestión de la vivienda.

SEGUNDO .- **1.-** Esta cuestión es la siguiente: en la sentencia que puso fin a las medidas sobre el hijo menor se atribuyó a éste y a su madre, por acuerdo entre las partes, el uso de la vivienda familiar. Pasado un tiempo, el padre reclama, como modificación de medidas, que se sustituya el uso de la vivienda que ocupan, que es de su propiedad, por otra situada en lugar cercano que pertenece *proindiviso* a ambos y que en este momento ha quedado libre del arrendatario que la ocupaba.

2.- Hay que recordar, como principio, lo que ya advirtió la sentencia de 16 diciembre 1996 y en parecidos términos, las de 10 marzo 1998 , 7 julio 2004 y 1 de abril de 2011 :

"Las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código civil en relación con el matrimonio y sus crisis, entre ellas, la ruptura del vínculo, se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja, ya que las razones que abonan y justifican aquéllas valen también en este último caso".

Asímismo, cuando se produce la referida crisis en parejas en matrimonio o no, los artículos 90 y 96 del Código civil prevén que las medidas adoptadas por convenio (o acuerdo) o judicialmente, pueden ser en su momento modificadas *cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*. No es baldío recordar la doctrina jurisprudencial que expone la sentencia de 14 abril 2011 , que reiteran las de 21 junio 2011 y 30 septiembre 2011 .

"Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011 , que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto. Debe reiterarse, por tanto, la doctrina declarada en dicha sentencia, que es aplicable a los casos de separación/divorcio de parejas casadas. Dicha doctrina, que se repite, establece que 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 ."

Una vez determinado *por interés casacional* el domicilio, dice la sentencia de 23 de diciembre de 1998 :

" Lo acordado en el convenio regulador alcanza situación de irrevocabilidad, salvo que se produzca su modificación cuando legalmente preceda" .

Y precisa la del 29 marzo 2001 que

"Tales medidas son revisables si cambian las circunstancias de hecho que se tuvieron en cuenta para su fijación" .

3.- Más recientemente, la jurisprudencia ha formulado como doctrina, en su sentencia de 1 de abril de 2011 :

"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 ."

Precisa también la sentencia de 9 de mayo 2012 , aunque no es exactamente el caso aquí planteado:

"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."

Y la de 21 de mayo de 2012, reiterando la doctrina que ya formuló la de 1 de abril de 2011 expone la fundamental 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 ", doctrina que se ha reiterado en las SSTs 236/2011, de 14 abril ; 451/2011, de 21 junio y 642/2011, de 30 septiembre . En ellas se argumenta que "El principio protegido en esta disposición es el 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. 233-20.1 CCCat y Art. 81.2 CDF Aragón). La atribución del uso de la vivienda familiar es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios"

El interés del menor lo resalta también la sentencia de 5 de noviembre de 2012 pero previene:

"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. Ocurre 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."

Y precisa:

"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"

Igualmente, son interesantes las precisiones que hace sobre el interés del menor, reiterando doctrina anterior, la sentencia de 16 junio 2014 :

"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, habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la 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 ". Es cierto que esta Sala ha introducido algunas excepciones a la medida de uso cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: una, 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. Otra, 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."

TERCERO .- **1.-** El recurso de casación que ha formulado la madre, doña Eulalia , en un motivo único, va dirigido a combatir la resolución que ha dictado la sentencia de la Audiencia Provincial objeto del recurso, que acuerda la modificación de la medida relativa al cambio de domicilio en que en este momento residen ella y el hijo menor. El razonamiento que se combate, de la sentencia recurrida, es breve y dice así:

" La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del C.c ., es la de proteger el interés del menor asegurándole en todo caso el uso de un- vivienda, que será la que fue vivienda. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse al dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre La vivienda de la C/ DIRECCION000 , ha sido también domicilio familiar, sin que la demandada cuestione que tal vivienda reúna las características necesarias para ser ocupada por el menor, y por ello debe extinguirse la atribución de uso sobre la vivienda de la C/ DIRECCION001 , atribuyendo al menor el uso de la vivienda sita en la C/ DIRECCION000 ."

2.- Recogiendo las ideas básicas de la jurisprudencia de esta Sala, aplicándola al caso que ahora se plantea, aparece que el interés del menor, siempre prevalente, no queda mermado por el cambio de domicilio. Precisando, además, que la vivienda que ahora ocupa es la vivienda que fue familiar en el momento de la separación, pero la que la Audiencia Provincial ha fijado a partir de ahora fue también la vivienda familiar en su momento. En ambas, ha sido algo indiscutido que el interés de menor quedó cubierto.

Por tanto, como dice la sentencia de 5 noviembre 2012 , antes transcrita en lo necesario, las necesidades de habitación del hijo menor quedan satisfechas a través de la vivienda alternativa que ha señalado la sentencia recurrida.

Lo anterior, sobre la vivienda alternativa, lo ratifica la sentencia de 16 junio 2014 , también transcrita. Y la anterior, de 29 marzo 2011 advierte que pueden modificarse las medidas por cambio de circunstancias. En el caso presente, la circunstancia de quedar disponible el piso propiedad de ambos, *pro indiviso*, es circunstancia de hecho que, como entiende la Audiencia Provincial es bastante para cambiar el régimen sobre la vivienda, tanto más cuanto las situaciones de crisis en la convivencia no pueden dar lugar a una verdadera, en la práctica, expropiación del propietario, como han dicho las sentencias citadas anteriormente, de 29 marzo 2011 y de 5 noviembre 2012 .

3.- En definitiva, la sentencia recurrida no ha contradicho la doctrina jurisprudencial, ni ha infringido el artículo 96 del Código civil , por lo que el motivo no se estima, se rechaza el recurso y se ordena la condena en costas conforme los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

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

FALLO:

Primero .- 1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación procesal de Dª Eulalia , contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, en fecha 26 de junio de 2013 que SE CONFIRMA.

2.- Se imponen a la expresada recurrente las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

3.- Líbrese a la mencionada Audiencia 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 .

Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.-Eduardo Baena Ruiz.-Xavier O'Callaghan Muñoz .-Jose Luis Calvo Cabello.-Rubricados.-

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.