

## **Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, Sec. 3.ª**

**Tema:** ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. LIMITACIÓN TEMPORAL

**Clase de resolución:** Sentencia

**Fecha:** de junio de 2008

**Ponente:** Ilmo. SR. D..

**Resumen:** La realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obliga a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar temporalmente el derecho de uso aunque existan hijos menores de edad.

### **SENTENCIA**

En Las Palmas de Gran Canaria, a de junio de 2008.

VISTO, ante AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN TERCERA, el recurso de apelación admitido a la parte demandante, en los reseñados autos, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de fecha 29 de marzo de 2007, seguidos en esta alzada en virtud del recurso de apelación de D./Dña. V. representados por el Procurador D./Dña. CQH y dirigidos por el Letrado D./Dña. JMGA, siendo parte apelada D./Dña. C representados por el Procurador D./Dña. LE.RG y dirigidos por el Letrado D./Dña. SMM, siendo parte apelada el Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Fallo de la Sentencia apelada dice: SE acuerda la DISOLUCION POR DIVORCIO del matrimonio formado por V y C. Se regulan como efectos del mismo los siguientes;

Se atribuye la guardia y custodia a la madre, manteniendo la patria potestad compartida entre los dos progenitores.

Se fija un régimen de visitas a favor del padre, de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio o en su defecto a las 18.00 horas del padre hasta las 20.00 horas del domingo. El menor será entregado y recogido en su domicilio.

Dos tardes a la semana a elegir por el padre desde las 15.00 horas o la salida del colegio a las 19.00 horas.

Mitad de vacaciones de Semana Santa, entendiéndose que esta se divide en dos periodos; Desde el inicio de las vacaciones escolares hasta el miércoles santo a las 20.00 horas el primer periodo, y desde el miércoles santo a las 20.00 horas hasta la finalización de la semana del segundo. Ambos periodos se alternarán anualmente.

Mitad de las vacaciones escolares de Navidad entendiéndose que esta se divide igualmente en dos periodos; Desde el comienzo de las vacaciones escolares hasta el 30 de diciembre a las 20.00 horas el primero y desde el 30 de diciembre a las 20.00 horas hasta el inicio del colegio, el segundo. Se alternarán anualmente y el día de reyes será compartido.

Un mes en el verano, julio o agosto. En caso de desacuerdo elegirá los años pares el padre y los impares la madre.

Este régimen podrá modificarse para adaptarse a las circunstancias del trabajo del padre de común acuerdo entre los progenitores.

El uso del domicilio conyugal se atribuya al hijo y a la actora durante dos años a partir de la fecha de la presente resolución, a partir de ese momento deberá procederse a su venta a un tercero o a la actora.

Hasta la venta de la hipoteca cada progenitor contribuirá por mitad al pago del préstamo hipotecario.

Se fija en concepto de alimentos hasta que no se proceda a la venta de la vivienda la cantidad de 200 euros mensuales, a abonar en los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta corriente que designe la actora, actualizando dicha cantidad en función del incremento del coste de la vida que publique el INE u organismo a fin y además el cincuenta por ciento de los gastos extraordinarios. A partir de ese momento se fija la cantidad de 300 euros.

No se hace imposición de costas.

**SEGUNDO.-** La relacionada sentencia, se recurrió en apelación por la indicada parte de conformidad a lo dispuesto en el artículo 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no habiéndose practicado prueba en esta segunda instancia, y tras darle la tramitación oportuna se señaló para su estudio, votación y fallo el día 23 de mayo del 2.008.

**TERCERO.-** Se ha tramitado el presente recurso conforme a derecho, y observando las prescripciones legales. Es Ponente de la sentencia el Ilmo. Sr./a. D./Dña. RMG, quien expresa el parecer de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** Discrepa la esposa-recurrente sobre algunas de las medidas complementarias del divorcio en este proceso contencioso: la limitación del uso exclusivo de la vivienda familiar que se le concede sólo por dos años, y la cuantía de la pensión de alimentos. Adicionalmente, sostiene que no debieron tenerse en cuenta las pretensiones del demandado ya que compareció a la vista una vez declarado en rebeldía, por lo que conforme al art. 499 de la LEC el proceso no puede retrotraerse y precluyen los trámites ya vencidos, lo que ha de traducirse en que su posibilidad de actuación es oponerse a las pretensiones del actor, pero no formular pretensiones propias a modo de reconvencción, lo que le está vedado.

**SEGUNDO:** Comenzando por la cuestión procesal final, nada debemos objetar a la doctrina expuesta por la apelante: el rebelde no puede introducir pretensiones, salvo en el reducido marco que por acaecimiento de hechos nuevos le permita el art. 752 de la LEC -o la normativa general sobre la alegación de hechos nuevos en los procesos de derecho patrimonial-. Ahora bien, el solicitar la estimación parcial de las pretensiones de la esposa no supone introducir pretensiones nuevas, sino oponerse a las de la demandante. Y por lo demás, tanto el uso de la vivienda "ex" art. 96 del CC como la fijación y cuantificación de los alimentos de hijos menores son materias de orden público sujetas al principio de obligada determinación de oficio -principio inquisitivo- por parte del Tribunal de familia, por lo que en modo alguno puede alegarse vulneración del principio dispositivo y de aportación de parte, ya que no rigen en esta materia. Sí rige en cambio el principio de prohibición de la indefensión del art. 24 de la Constitución, de forma que lo que el Tribunal no puede hacer es fijar el alcance de estas medidas sin audiencia

bilateral de los interesados, pero en este caso el objeto de decisión ha sido debatido contradictoriamente sin indefensión alguna.

**TERCERO:** Adentrándonos en las cuestiones de fondo, en primer lugar hemos de pronunciarnos sobre el uso de la vivienda familiar. La apelante sostiene que la sentencia apelada desborda el marco del proceso de divorcio al disponer que transcurridos dos años "deberá procederse a su venta a un tercero o a la actora". Desde luego, en estos términos literales el pronunciamiento es desacertado, pues no corresponde al Tribunal decidir el momento y el modo en que han de liquidarse los bienes gananciales, correspondiendo a los cónyuges -de común acuerdo o unilateralmente- el iniciar el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales en el momento que discrecionalmente elijan para interponer la acción judicial, si la liquidación no se realiza extrajudicialmente. Como tampoco puede predeterminarse en el proceso de divorcio que el destino del bien inmueble que constituye el domicilio haya de "venderse a un tercero o a la actora", pues pueden adoptarse muchas otras decisiones, desde la permanencia en proindiviso ordinario a la adjudicación al marido, etc.

No obstante, la razón de ser del pronunciamiento, haciendo la salvedad de estos defectos, es tener en cuenta lo gravoso que representa para el cónyuge excluido del uso -interés menos protegible para el art. 96 del CC, cuando el otro cónyuge ostenta la custodia de los hijos menores- la perpetuación en el tiempo del uso por el cónyuge custodio y los hijos, soportando al mismo tiempo el pago de la mitad de la gravosa hipoteca y teniendo que atender a sus propias necesidades de habitación. Es por ello que fija el uso exclusivo en el plazo de dos años, y para el momento posterior se remite a esta necesidad de liquidación de la sociedad de gananciales. La apelante señala, en contrario sentido, que el art. 96 del CC no limita el derecho de uso exclusivo, siempre y cuando existan hijos menores de edad, ya que vincula dicho uso a las cargas educacionales de los hijos dimanantes de las obligaciones de la patria potestad. Dicho de otro modo, el cumplimiento del deber de vela del art. 154 del CC se modula de modo imperativo por el art. 96 del CC, en los casos de crisis matrimonial, atribuyendo el uso indefinido de la vivienda familiar al progenitor custodio y los hijos, para que de este modo se satisfaga la obligación de los padres de procurar habitación a la prole.

Si bien en línea de principio asiste la razón a la apelante, no es cierto que el art. 96 del CC cree un derecho de uso ilimitado a favor del progenitor custodio y los hijos menores. Ciertamente que los perfiles de este derecho no están bien descritos en la ley y todavía tampoco por la jurisprudencia. Se discute por ejemplo si en caso de liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación del bien a un tercero, o inclusive al progenitor no custodio, desaparece dicho derecho de uso o permanece como un "ius ad rem" sobre la cosa, con eficacia "erga omnes" al menos hasta la mayoría de edad de los hijos o aún después, mientras mantienen su derecho a alimentos. Por ejemplo la STS de 18-4-1994 afirmó el carácter real del derecho, y la STS 29-4-1994 lo negó. En general, se sostiene la primera tesis, de modo que si la resolución judicial no limita temporalmente el derecho bien fijando un término final o una condición resolutoria como el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales, el derecho de uso se mantiene inclusive frente a terceros (v.gr. STS 4-4-1997).

No obstante, lo expuesto no impide que el título que constituye el derecho de uso, es decir, la sentencia que aplica el art. 96 del CC, introduzca limitaciones en este derecho. Ya que el art. 96 del CC se limita a señalar que en la sentencia se atribuirá el uso al cónyuge custodio e hijos, no que ese uso sea incondicional y no sujeto a otro término que el fin del derecho a alimentos de los hijos o de la convivencia con el progenitor custodio. Antes al contrario, la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso, fijando un término final, que en general toma en consideración el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales y establece a la vez un plazo máximo para que tenga lugar dicha liquidación. Así se protegen por un lado los intereses de los hijos y del cónyuge progenitor -intereses de mayor grado de protección legal, ciertamente- pero también el interés del otro progenitor, que no por ser de inferior grado es absolutamente irrelevante. Atribuir el uso de la

vivienda indefinidamente, soportando el excluido del uso el gravamen de la hipoteca, supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge cotitular, y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar. Por todo ello, la solución arbitrada en la sentencia apelada no sólo es legal -rectificado el error ya apuntado anteriormente- sino además es justa, con la sola matización de que el plazo de dos años para la liquidación de la sociedad de gananciales es excesivamente breve, siendo más adecuado conceder tres años de derecho de uso exclusivo sujetos a dicha liquidación, sin hacer referencia al momento y modo en que dicha liquidación ha de producirse. Pero, simplemente, si transcurren los tres años sin haber alcanzado la sociedad ganancial estadio de liquidación, procederá el uso común del bien conforme a las reglas ordinarias de administración de bienes gananciales en condominio dentro de la llamada comunidad "postganancial".

**CUARTO:** Respecto a la pensión de alimentos de 200 € mensuales, habida cuenta de las ordinarias necesidades del hijo, de que la esposa obtiene el uso exclusivo de la vivienda -para cuando así no sea la pensión se ha elevado a 300 € mensuales-, y de que con unos ingresos de unos 1.400 € mensuales el padre y esposo ha de afrontar el pago de la hipoteca y de sus propias necesidades, una vez pagada la pensión alimenticia de 200 € mensuales, la decisión judicial es también ajustada a los parámetros del art. 146 del CC : necesidades del hijo y caudal de los alimentantes, valorando por supuesto entre los elementos de decisión la atención "in natura" que presta la madre al cuidado del hijo.

**ULTIMO:** Sobre las costas, con arreglo al art. 394 y 398 LEC 1/00 al estimarse parcialmente el recurso no se atribuyen.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

1. Estimar parcialmente el recurso de apelación deducido contra la resolución impugnada, la cual revocamos únicamente en los siguientes particulares: El uso exclusivo de la vivienda se concede a la mujer e hijo por el plazo de tres años a contar desde esta sentencia de apelación. Este uso exclusivo cesará transcurrido dicho término salvo que antes se haya producido la liquidación de la sociedad de gananciales, en cuyo momento cesará igualmente. En caso de que transcurridos tres años no se haya liquidado la sociedad de gananciales, la vivienda pasará a ser utilizada conforme a las normas ordinarias de los bienes en condominio. Se desestima el resto del recurso.

2. No se imponen costas del recurso.

Dedúzcanse testimonios de esta resolución, que se llevarán al Rollo y autos de su razón, devolviendo los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución una vez sea firme, interesando acuse recibo.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.