

Roj: STS 6093/2011  
Id Cendoj: 28079110012011100627  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1819/2010  
Nº de Resolución: 642/2011  
Procedimiento: Casación  
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS  
Tipo de Resolución: Sentencia

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, por **D<sup>a</sup> Milagrosa**, representada por el Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. María Corina Melian Carrillo, contra la Sentencia dictada, el día 12 de julio de 2010 en el rollo de apelación nº 9/2010, por la referida Audiencia y Sección, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Violencia sobre la mujer de Santa Cruz de Tenerife, en el procedimiento de divorcio contencioso nº 9/2009. Ante esta Sala comparece el Procurador D. Pablo Trujillo Castellano en nombre y representación de D<sup>a</sup> Milagrosa, en calidad de parte recurrente; asimismo comparece la Procuradora D<sup>a</sup> María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de D. Jose Francisco, en calidad de parte recurrida, siendo también parte el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** Ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, interpuso demanda de divorcio D<sup>a</sup>. Milagrosa, contra D. Jose Francisco. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"...dicte sentencia en virtud de la cual acuerde la disolución por divorcio del matrimonio contraído por DOÑA Milagrosa y DON Jose Francisco, con todos los efectos legales inherentes, acordándose, como medidas que deben acompañar a la resolución que se dicte, las siguientes:*

*1.- La guarda y custodia de los hijos se atribuirá a la madre, DOÑA Milagrosa, manteniéndose el ejercicio conjunto de la patria potestad.*

*2.- Se atribuirá a DOÑA Milagrosa y sus hijos el uso de la vivienda familiar, sita en Santa Cruz de Tenerife, CALLE000, nº NUM000, NUM001, con sus anexos privativos, consistentes en una plaza de aparcamiento sita en el nivel - 1, y un cuarto trastero, designados ambos con el nº NUM002, así como el uso del ajuar y mobiliario domésticos existentes en la vivienda.*

Todos los gastos inherentes a la titularidad del inmueble, tales como I.B.I. y cuotas ordinarias y extraordinarias de comunidad, serán abonados por DON Jose Francisco.

*3.- En orden al capítulo de alimentos para los hijos, se ha de establecer la obligación, por parte de DON Jose Francisco, de abonar la cantidad de 800 euros mensuales.*

*La cantidad fijada deberá abonarse las 12 mensualidades del año, durante los cinco primeros días de cada mes y por meses anticipados, en la cuenta corriente abierta en el Banco Santander, con número NUM003, y actualizarse anualmente, de conformidad con el incremento experimentado por el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que legalmente le sustituya en la Comunidad Autónoma.*

*Igualmente, se deberá establecer la obligación de ambos progenitores de sufragar al 50% los gastos extraordinarios, entendiendo como tales los gastos médicos, quirúrgicos o farmacéuticos que no estén cubiertos por la Seguridad Social, así como aquellos otros gastos extraordinarios necesarios o sobre los cuales estuvieren previamente de acuerdo ambos progenitores.*

No se incluirán en el capítulo de gastos extraordinarios los relativos a uniformes y material escolar de los menores, así como los gastos relativos a las "clases de inglés" de Bruno y los gastos referidos a "fútbol" de Eduardo, que continuarán siendo abonados, como ha acontecido hasta la fecha, por DON Jose Francisco .

4.- Se fijará a favor del padre, en defecto de acuerdo entre los progenitores, el siguiente régimen de visitas:

a) El padre tendrá consigo a los hijos los fines de semana alternos, desde las 16 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, así como todos los miércoles desde las 14 horas hasta las 21 horas, en el caso de Eduardo, y desde las 18,30 horas hasta las 21 horas, en el caso de Bruno, y los sábados (en los que no le corresponda estar con sus hijos el fin de semana) desde las 12 horas hasta las 21 horas. Las entregas y recogidas de los menores se realizarán acudiendo éstos al domicilio de la abuela paterna, sito en Santa Cruz de Tenerife, CALLE000 , nº NUM004 , piso NUM005 , si bien los miércoles el padre recogerá a sus hijos en el centro escolar (Colegio Hispano Inglés).

b) Las vacaciones escolares de Navidad serán divididas por mitad, en dos periodos: primer periodo, desde el día 24 de diciembre, a las 12 horas, hasta el día 31 de Diciembre a las 12 horas; segundo periodo, desde el día 31 de diciembre, a las 12 horas, hasta el día 7 de enero, a las 12 horas. Corresponderá el primer periodo indicado a la madre, los años impares, y al padre los años pares.

c) En las vacaciones escolares de Semana Santa, el padre estará con sus hijos desde el sábado anterior al Domingo de Ramos a las 12 horas y hasta el Miércoles Santo a las 12 horas, los años impares, y desde las 12 horas del Miércoles Santo hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección, los años pares.

d) Las vacaciones escolares de verano, correspondientes a los meses de julio y agosto, serán divididas en dos periodos iguales. Si hubiere discrepancia entre los progenitores, corresponderá la elección a la madre los años impares y los años pares al padre. Antes del 1 de junio de cada año, el progenitor al que correspondiese el periodo de vacaciones estivales lo comunicará, por escrito, al otro.

e) Durante los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano se interrumpirá el régimen de visitas y estancias establecido en el apartado a).

Cuando uno de los progenitores -en el periodo que le correspondiera estar con los menores- decidiera ausentarse de la isla con los hijos comunes, deberá comunicarlo al otro progenitor.

En cualquier caso, ambos progenitores deberán permitir la comunicación telefónica de los hijos comunes con cualquiera de ellos.

Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte demandada, si se opusiere a las pretensiones de esta demanda".

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Jose Francisco los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso; asimismo formuló demanda reconvenicional en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "... se sirva tener por contestada, en debido tiempo y forma la demanda que inicia el proceso, y por formulada RECONVENCIÓN en cuanto a las medidas interesadas por la actora relativas a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio y a la atribución del uso de la que fue vivienda familiar, y previos los trámites que legalmente proceden, dicte Sentencia en la que se declare la disolución del vínculo matrimonial entre los cónyuges actora y demandado, desestimando los pedimentos de la demanda referidos a la guarda y custodia de los hijos del matrimonio y a la atribución del uso de la que fue vivienda familiar y, estimando la demanda reconvenicional de esta parte en cuanto a los mismos capítulos, ACUERDE los siguientes efectos:

1º La disolución del vínculo matrimonial de los cónyuges.

2º Las siguientes medidas en relación con los hijos:

a) La atribución de la guarda y custodia de los hijos de forma compartida entre sus progenitores Doña Milagrosa y Don Jose Francisco , alternando quincenalmente la permanencia de los hijos con cada progenitor.  
b) Don Jose Francisco continuará en la vivienda de su propiedad; sita en esta Capital, CALLE000 , NUM000 , NUM001 y anexos. Y Dª Milagrosa pasará a residir, en régimen de alquiler, en otra vivienda de su elección, con plaza de garaje, de similares características a la antes referida que ha constituido vivienda familiar, siendo el costo del alquiler de dicha vivienda y plaza de garaje íntegramente de cuenta y cargo de Don Jose Francisco durante todo el tiempo que determine la Ley en función de los derechos que asisten a los hijos. A los fines de garantizar el cumplimiento puntual de la obligación de pago del alquiler que incumbe al Sr. Jose Francisco , éste ofrecerá Aval Bancario suficiente, mediante la constitución del correspondiente depósito, de tal forma que sea el Banco el que realice los pagos mensuales de la renta. Doña Milagrosa podrá, en cualquier momento,

de ser ese su interés, retirar y hacer suyo el referido depósito, con la finalidad de aplicarlo a la compra de una vivienda y poner fin al régimen de arrendamiento.

e) En orden al capítulo de alimentos para los hijos se presta conformidad a lo que al respecto se interesa en la demanda, aplicado a los periodos que a cada progenitor corresponda la guarda y custodia de los hijos.

f) El progenitor que en ese momento no goce de la guarda y custodia de los hijos, podrá, en defecto de acuerdo, estar con los hijos los sábados o los domingos, alternos, desde las 16 hasta las 22 horas.

Cuando uno de los progenitores, en el periodo que le correspondiera estar con los menores, decidiera ausentarse de la isla con los hijos comunes, deberá comunicarlo al otro progenitor.

En cualquier caso, ambos progenitores deberán permitir la comunicación telefónica de los hijos comunes con cualquiera de ellos".

Por resolución de fecha 28 de mayo de 2009, se acordó tener por contestada la demanda por el demandado y por el Ministerio Fiscal, e inadmitir la reconvenición y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes y al Ministerio Fiscal a la vista del Juicio Verbal, el que se celebró con asistencia de las partes, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 3 de julio de 2009 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: DECLARO DISUELTO POR DIVORCIO, el matrimonio de los expresados, con adopción de las siguientes medidas:

1°.- Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores comunes, Eduardo y Bruno a la madre, compartiendo ambos progenitores la patria potestad.

2°.- Se atribuye a los hijos menores comunes y a la madre en cuya compañía quedan éstos, el uso y disfrute del domicilio, familiar sito en CALLE000 , N° NUM000 , NUM001 , con sus anexos privativos, consistentes en una plaza de aparcamiento sita en el nivel -1, y un cuarto trastero, designados ambos con el n° NUM002 , así como el uso y disfrute de los muebles y enseres que componen el ajuar familiar. Los gastos derivados de la titularidad del inmueble tales como IBI, serán abonados por D. Jose Francisco , debiendo abonar Dña. Milagrosa el pago de las cuotas ordinarias y extraordinarias de comunidad, así como que el resto de gastos de suministro del inmueble en el que reside ésta.

3°.- Como régimen de visitas se establece que el padre podrá tener consigo a los menores:

a) Los fines de semana alternos desde las 16:00 horas del viernes, hasta las 20:00 horas del domingo.

b) Todos los miércoles desde las 18:30 horas hasta las 21:00 horas.

c) Los sábados, en que no le corresponda al padre estar con sus hijos el fin de semana, desde las 12:00 horas hasta las 21:00 horas.

Las entregas y recogidas de los menores en los supuestos de los apartados a), b) y c), se harán acudiendo éstos al domicilio de la abuela paterna, dada la vigencia de la prohibición de aproximación del demandado contenida en el Auto de 19 de enero del año en curso.

d) La mitad de las vacaciones escolares de Navidad a tal efecto, las mismas se dividen en dos períodos, el primero comprende desde las 12:00 horas del día 24 de diciembre hasta las 12:00 horas del 31 de diciembre; el segundo comprende desde las 12:00 horas del día 31 de diciembre hasta las 12:00 horas del día 7 de enero, correspondiéndole el derecho de elección de cada periodo durante los años pares a la madre y durante los impares al padre.

e) La mitad de las vacaciones escolares correspondientes a Carnaval estableciéndose dos periodos, el primero, desde las 12:00 horas del sábado, primer día de las vacaciones, hasta las 12:00 horas del miércoles, y el segundo, desde las 12:00 horas del miércoles hasta las 12:00 horas del domingo anterior al reinicio de las clases, correspondiendo el derecho de elección de cada periodo durante los años pares a la madre y durante los impares al padre.

f) La mitad de las vacaciones escolares correspondientes a Semana Santa a tal efecto éstas se dividen en dos períodos, el primero comienza a las 12:00 horas del sábado, primer día de las vacaciones, hasta las 12:00 horas del miércoles, y el segundo, desde las 12:00 horas del miércoles hasta las 12:00 horas del domingo anterior al reinicio de las clases, correspondiendo el derecho de elección de cada periodo durante los años pares a la madre y durante los impares al padre. La entrega y recogida de los menores se hará acudiendo éstos al domicilio materno o, en su caso, al de la abuela paterna.

g) La mitad de las vacaciones escolares de verano correspondientes a los meses de julio y agosto, desde las 12:00 horas del día de inicio hasta las 12:00 horas del día de finalización del mes elegido por cada progenitor, correspondiéndole tal derecho de elección durante los años pares a la madre y los impares al padre, y debiendo ser comunicada por escrito tal circunstancia por el progenitor al que le corresponda el derecho de elección del periodo estival al otro progenitor, con anterioridad al 1 de junio del año correspondiente.

La entrega y recogida de los menores en los supuestos de los apartados d), e), f) y g), se hará acudiendo éstos al domicilio materno o, en su caso, al de la abuela paterna.

Cada progenitor deberá permitir la comunicación telefónica de los menores con el otro en los periodos en que éstos estén en su compañía.

Las salidas de los menores de la isla en compañía de cualquiera de sus progenitores habrán de ser comunicadas previamente al otro progenitor.

4º.- Se establece la obligación de D. Jose Francisco de abonar, en concepto de alimentos a sus dos hijos menores de edad, Eduardo y Bruno, la cantidad de 800 euros mensuales, en concepto de gastos ordinarios, pagaderos por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que la madre de los menores ha designado al efecto, suma que será revalorizada anualmente de acuerdo con las variaciones que experimente el IPC para la Comunidad Autónoma Canaria y que publique el Instituto Nacional de Estadística con fecha de uno de enero. Los gastos de carácter extraordinario de los menores, tales como gastos médicos, largas enfermedades y operaciones quirúrgicas no cubiertos por la Seguridad Social, o análogos, serán cubiertos por ambos progenitores por mitad, previa justificación de la necesidad del gasto y de su importe, siendo las discrepancias resueltas judicialmente.

El importe de los gastos correspondientes a uniformes, material escolar, gastos relativos a las clases de inglés de Bruno y los gastos correspondientes a la actividad extraescolar de fútbol de Eduardo, continuará siendo abonado por el progenitor.

5º.- Quedan revocados los consentimientos y poderes otorgados entre los cónyuges.

Se reitera la inaplicabilidad en las presentes de lo dispuesto en el artículo 40.1. 1º y 2º de la LEC.

No ha lugar a realizar ningún otro pronunciamiento ni a efectuar expresa condena en costas".

**SEGUNDO.** Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Jose Francisco . Sustanciada la apelación, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó Sentencia, con fecha 12 de julio de 2010 , con el siguiente fallo: "*Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Jose Francisco , y desestimar la impugnación formulada por la representación procesal de doña Milagrosa , contra la sentencia dictada en el presente procedimiento, resolución que se revoca también en parte, exclusivamente para dejar sin efecto el pronunciamiento que acuerda la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a los hijos menores y a la madre, Doña Milagrosa en cuya compañía quedan, estableciéndose en su lugar el cumplimiento de la provisión de habitación a los hijos por el demandado don Jose Francisco , exactamente en los términos del ofrecimiento expresado en el fundamento tercero, lo que tendrá efectividad desde el momento en que dicho obligado facilite a los hijos menores y a la madre, doña Milagrosa , una vivienda en arrendamiento en los términos y condiciones ofrecidos; manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.*

2. No hacer imposición expresa de las cosas causadas en la segunda instancia".

**TERCERO.** Anunciado recurso de casación contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora Dª Ana María Corina Melian Carrillo lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos: Motivo Único.- Por infracción del art. 96, apartado 1º del Código Civil .

Por resolución de fecha 20 de octubre de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

**CUARTO.** Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó el Procurador D. Pablo Trujillo Castellano en nombre y representación de Dª Milagrosa se personó en el presente rollo como parte **recurrente** ; asimismo con fecha 7 de diciembre de 2010, la Procuradora Dª María del Carmen Ortiz Cornago presentó escrito en nombre y representación de D. Jose Francisco , personándose como parte **recurrida** . Es parte el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de fecha 15 de marzo de 2011 , evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora Dª. María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de D. Jose Francisco ,

impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso. El Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se case la sentencia recurrida.

**QUINTO.** Se señaló como día para votación y fallo del recurso el siete de septiembre de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** Resumen de los hechos probados.

1º D<sup>a</sup> Milagrosa y D. Jose Francisco contrajeron matrimonio en 1994. Tienen dos hijos, menores de edad en el momento de interponer la demanda en 2009.

2º En el momento de contraer matrimonio pactaron el régimen de separación absoluta de bienes. El marido se encontraba en paro en el momento de presentar la demanda, pero era propietario de dos viviendas y dos vehículos.

3º En sede penal, se dictó un auto el 19 enero 2009 de medidas civiles en un procedimiento por un presunto delito de malos tratos, amenazas, coacciones y presuntas faltas de vejaciones injustas en el ámbito de la violencia de género. En él se otorgaba a la madre la guarda y custodia de los hijos comunes, se imponía al padre la obligación de pago de una pensión alimenticia y se estableció un régimen de visitas.

4º A continuación, D<sup>a</sup> Milagrosa interpuso demanda de divorcio, en la que pidió que se confirmaran las provisionales adoptadas en el auto de 19 enero 2009 y se le atribuyera el uso de la vivienda familiar.

Contestó D. Jose Francisco y formuló reconvencción, que no fue admitida a trámite.

5º El Juzgado de violencia contra la mujer nº 1 de Sta. Cruz de Tenerife, dictó sentencia en fecha 3 julio 2009 . Declaró disuelto el matrimonio por divorcio y dictó las siguientes medidas: a) Confirmó la medida de la atribución de la guarda y custodia a la madre; b) en relación con la vivienda familiar, aprobó también la medida de atribuir *"el uso a los hijos menores comunes y a la madre en cuya compañía queden éstos, por representar el interés más necesitado de protección"* , ya que además, no son *"[...] los menores quienes hayan de soportar menoscabo alguno por la ruptura afectiva de sus padres"* ; c) fijó el régimen de visitas y los alimentos a cargo del padre.

6º D. Jose Francisco recurrió la anterior sentencia en apelación. La SAP de Sta. Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 12 julio 2010 , confirmó la apelada, excepto en lo relativo a la atribución de la vivienda familiar. La sentencia aceptó el ofrecimiento efectuado por D. Jose Francisco en el siguiente sentido: *"El demandado, D. Jose Francisco continuará en la vivienda de su propiedad [...], con sus anexos. Y la actora Milagrosa , pasará a vivir en otra vivienda de su elección, con plaza de garaje, de similares características a la que ha constituido hogar conyugal, en régimen de alquiler. El costo del alquiler de la vivienda que elija la Sra. Milagrosa , será abonado íntegramente por el esposo durante todo el tiempo que determine la ley en función de los derechos que asisten a los hijos. A los fines de garantizar el cumplimiento puntual de la obligación de pago del alquiler que incumbe al demandado, éste ofrece aval bancario suficiente, mediante la constitución del depósito correspondiente, en virtud del cual será el banco el que realice los pagos mensuales de la renta. D<sup>a</sup> Milagrosa podrá, en cualquier momento, de ser de su interés, retirar y hacer suyo el referido depósito, con la finalidad de aplicarlo a la compra de una vivienda y poner fin al régimen del arrendamiento"* . La Audiencia Provincial aceptó este ofrecimiento en virtud de los argumentos siguientes: a) *"[...] el pronunciamiento que atribuye la vivienda es derivado de la atribución de la guarda y custodia de los hijos menores sometidos a la patria potestad"*; b) se trata de una medida provisional, *"que no deja de tener un contenido patrimonial que concierne además a la ponderación de la cuantía de la pensión alimenticia en la que ha de entenderse comprendida la provisión de habitación a los hijos, según especifica el Art. 142 CC "*; c) *"[...] el derecho que ha de merecer una protección preferente, conforme establecen los Arts. 96 y 103 CC , entraría en colisión con los legítimos derechos que al otro consorte puedan corresponder sobre el inmueble concernido"* ; d) se estima la propuesta del marido, porque *"el contenido de habitación de la obligación alimenticia no tiene por qué estar constituido por una vivienda en propiedad -recuérdese, además privativa del padre obligado- sino que puede ser cumplido mediante una vivienda análoga en arrendamiento[...]"* .

6º D<sup>a</sup> Milagrosa interpone recurso de casación, basado en el Art. 477, 2,3 LEC , por presentar interés casacional, que fue admitido por auto de esta Sala de 15 marzo 2011 .

Figuran las alegaciones de la parte recurrida oponiéndose a la estimación del recurso.

El Fiscal interesa la casación de la sentencia.

**SEGUNDO.** *Motivo único*, por infracción del *Art. 96.1 CC* . Alega la recurrente las SSTs de 14 y 18 enero 2010 . Dice que la sentencia que se recurre ha vulnerado el *Art. 96.1 CC* , que es una norma imperativa. Añade que cuando existe una controversia entre los cónyuges, el *Art. 96.1 CC* establece una solución basada en un "automatismo legal", que hace prevalecer el derecho de uso frente a los derechos de propiedad de la vivienda. Añade que en situación de crisis matrimonial, la sentencia firme solo puede seguir dos criterios: o el acuerdo, que será aprobado por el juez o en su defecto, la atribución al cónyuge en cuya compañía queden los hijos, siendo un derecho de carácter familiar.

*El motivo se estima.*

Esta Sala ha decidido el caso planteado en este litigio en las SSTs 221/2011, de 1 abril , 236/2011, de 14 de abril y 451/2011, de 21 junio .

La STS 221/2011, de 1 abril , sentó la siguiente 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 la STS de 236/2011, de 14 abril .

Es por ello, que se reproduce la doctrina de las citadas sentencias, que dice que: *"El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio"* .

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.

La sentencia recurrida altera el sistema legalmente establecido en referencia al uso de la vivienda familiar, tal como aparece en el *art. 96.1 CC* . En efecto, dispone que los hijos pasen a ocupar una vivienda en alquiler, pagado por el padre tal y como se ha resumido en el FJ 1º de esta misma sentencia.

Ciertamente, es una solución imaginativa que podría haberse aplicado si los progenitores hubiesen estado de acuerdo y ello en virtud del principio de autonomía de la voluntad que preside el *Art. 96.1 LEC* . Pero cuando el divorcio se tramita como contencioso y el juez actúa de acuerdo con lo establecido en el *Art. 91 CC* , no es adecuada la interpretación de la norma en la forma propuesta en la sentencia recurrida, porque los jueces están sometidos al imperio de la *ley (art. 117.1 CE)*, que obliga a decidir en interés del menor. Por ello hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, se opone a lo que establece el *art. 96.1 CC* .

El *Art. 96.1 CC* no permite imponer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en dicho artículo no es la propiedad de los bienes que constituyen la vivienda, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una solución distinta a la establecida en el *art. 96.1 CC* , es decir, la atribución de un inmueble diferente, es posible si ambos progenitores lo acuerdan o, incluso sin pacto, se dan circunstancias que lo aconsejen. Pero este supuesto no ocurre aquí, y la adopción de la solución propuesta en la sentencia recurrida implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, 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.

Procede, por tanto, aplicar la doctrina sentada en las sentencias citadas, de acuerdo con la 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"* .

**TERCERO.** La estimación del recurso de casación presentado por la representación procesal de Dª Milagrosa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, sección 1ª de 12 julio 2010 , determina la de su recurso de casación.

En consecuencia, se casa la sentencia recurrida y se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Violencia sobre la mujer, de Sta. Cruz de Tenerife, de 3 julio 2009 , que declaró que el uso de la vivienda se atribuía a los hijos menores y a la madre en cuya compañía quedaban.

No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes, de acuerdo con lo establecido en el *art. 398.2 LEC* .

No se imponen a ninguna de las partes las costas de la primera instancia y las del recurso de apelación.

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

## **FALLAMOS**

1º Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Milagrosa contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Sta. Cruz de Tenerife, Sección 1<sup>a</sup>, de 12 julio 2010, dictada en el rollo de apelación nº 9/2010 .

2º Se casa y anula la sentencia recurrida. En su lugar procede reponer la sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia nº 1 de Violencia sobre la mujer, de Sta. Cruz de Tenerife, de 3 julio 2009 , que declaró que el uso de la vivienda se atribuía a los hijos menores y a la madre en cuya compañía quedan.

3º No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

4º No se imponen las costas de la apelación, ni las costas de la 1<sup>a</sup> instancia.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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 .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-Firmado rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D<sup>a</sup>. Encarnacion Roca Trias, 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.