

Resumen

Acuerda el TS estimar el presente recurso de interés casacional en relación con la demanda planteada por el esposo, instando en el procedimiento de divorcio que se le atribuyera el uso de la vivienda ocupada por su esposa como despacho profesional -clínica odontológica-, conforme a lo pactado en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y el régimen de separación de bienes. Señala la Sala frente a la postura mantenida en la sentencia recurrida, en relación a la atribución del local cuestionado pese a pertenecer privativamente al ex esposo y no constituir domicilio familiar ya que es considerada ajustada a derecho al estar fundada en la concreta necesidad de asegurar los alimentos y el bienestar de los hijos, que, por el contrario, se debe en su lugar, siguiendo la postura de la doctrina mayoritaria, dejar sin efecto la atribución del uso del piso a la esposa, y además declara que no procede hacer ninguna atribución del uso del piso de su propiedad al esposo recurrente por no corresponder a este procedimiento matrimonial. Fija como doctrina jurisprudencial que “en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar”.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley Cataluña 25/2010 de 29 julio 2010. Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia art.233.20.6

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC art.774.4

RD de 24 julio 1889. Código Civil art.91 , art.96 , art.103.4 , art.1473

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	5
FALLO	7

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

GANANCIALES

CONDICIÓN DE LOS BIENES

Gananciales
Privativos

DISOLUCIÓN

Por separación o divorcio

LIQUIDACIÓN

OTRAS CUESTIONES

MATRIMONIO

REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

Normas generales

Vivienda familiar

Separación de bienes

En general

Prueba de la titularidad de los bienes

Otras cuestiones

SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Mutuo acuerdo

Convenio regulador

EFFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Atribución de la vivienda familiar

Casos de división de la vivienda o su uso entre los cónyuges

PROCESO CIVIL

RECURSOS

Casación

Resoluciones recurribles

Interés casacional

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento: Recurso de casación

Legislación

Aplica art.233.20.6 de Ley Cataluña 25/2010 de 29 julio 2010. Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

Aplica art.774.4 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.91, art.96, art.103.4, art.1473 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Cita art.398.2, art.477.3, art.806 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 30/1981 de 7 julio 1981. Modifica Matrimonio en el C.C. y Procedimiento de Nulidad, Separación y Divorcio

Cita RD de 24 julio 1889. Código Civil

Jurisprudencia

Anula parcialmente SAP A Coruña de 15 julio 2010 (J2010/187145)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos STS Sala 1ª de 27 febrero 2012 (J2012/24609)

Cita en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - RECURSOS - Casación - Resoluciones recurribles - Interés casacional STS Sala 1ª de 27 octubre 2011 (J2011/262926)

Cita en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - RECURSOS - Casación - Resoluciones recurribles - Interés casacional STS Sala 1ª de 31 octubre 2008 (J2008/203570)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos SAP Madrid de 25 septiembre 2007 (J2007/193140)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos SAP Madrid de 19 julio 2005 (J2005/160137)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos SAP Madrid de 13 marzo 2003 (J2003/66541)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos SAP Valencia de 27 marzo 2003 (J2003/57256)

Cita en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos SAP Madrid de 25 mayo 2001 (J2001/57160)

Cita Acuerdo no Jurisdiccional TS Sala 1ª de 30 diciembre 2011 (J2011/300554)

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de mayo de dos mil doce.

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 La Coruña, sección 4ª, por D. Pablo, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Angel Cortiñas Fariñas, contra la Sentencia dictada, el día 15 de julio de 2010 en el rollo de apelación num. 365/2010, por la referida Audiencia y Sección EDJ 2010/187145, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 2 del Ferroll, en los autos de divorcio num. 1213/09. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de D. Pablo, en concepto de parte recurrente. El Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, en nombre y representación de Dª Enma, en concepto de parte recurrida. Interviene el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 del Ferrol, interpuso demanda de divorcio D. Pablo contra D.ª Enma. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda, se decrete la disolución por divorcio del matrimonio de los citados cónyuges con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, y acordando además los

siguientes efectos o medidas: 1.- Que se atribuya a la esposa DOÑA Enma y a los hijos del matrimonio Mari Juana Y Augusto el uso del DOMICILIO CONYUGAL sito en Ferrol, AVENIDA000 núm. NUM000, planta NUM001 dúplex y AJUAR FAMILIAR.

Asimismo, se acuerde autorizar al esposo, DON Pablo, a retirar del domicilio conyugal sus ropas y objetos de uso personal, así como los bienes muebles de su propiedad privativa que se encuentran en el mismo, señalando el Juzgado día y hora para la retirada de los mismos y requiriendo a la esposa al efecto.

2.- Que se atribuya al esposo DON Pablo el uso de vivienda de su propiedad privativa sita en Narón, CI DIRECCION000 NUM002, NUM003 NUM004, y se acuerde requerir a la esposa DOÑA Enma para que proceda al desalojo de la referida vivienda en un plazo no superior a SEIS (6.-) MESES tiempo que se estima prudencial para proceder al mismo.

3.- Que la GUARDA y CUSTODIA de los hijos menores, Mari Juana Y Augusto, se atribuya a la esposa DOÑA Enma con quien residirán los hijos.

La PATRIA POTESTAD sobre los hijos menores del matrimonio se ejercerá por ambos progenitores conjuntamente en la forma prevista en el art. 156 de Código civil EDL 1889/1 .

4.- Que se fije un REGIMEN DE VISITAS a favor del padre, DON Pablo, consistente en que éste podrá estar con sus hijos y tenerlos en su compañía en fines de semana alternos desde las 18,30 horas del viernes hasta las 22,00 horas del domingo, y mitad de las vacaciones de verano, Semana Santa y Navidad en cada uno de los períodos en que se dividen las mismas y que se especifican a continuación:

4.1.- En las vacaciones de verano: el primer período comprenderá el mes de julio y el segundo período al mes de agosto.

4.2.- En las vacaciones de Semana Santa, se dividirán en dos períodos comprendiendo cada uno de los cuales la mitad de los días de vacaciones escolares de los menores.

4.3.- En las vacaciones de Navidad el primer período comprende desde el primer día de vacaciones escolares de los menores hasta el 30 de diciembre y el segundo del 31 de diciembre al 7 de enero.

En caso de discrepancia respecto al período vacacional que corresponda a cada progenitor estar en compañía de los menores, se establece que los años pares corresponderá elegir al padre y en los impares a la madre, debiendo avisar al otro progenitor de esta decisión con un mes de antelación al período vacacional por el que opte.

Para el ejercicio de este derecho DON Pablo deberá recoger a los menores en el domicilio de la madre y reintegrarlos al mismo una vez finalizada la visita.

5.- Que no se fije cantidad alguna en concepto de PENSION DE ALIMENTOS favor de los hijos del matrimonio Mari Juana Y Augusto y cargo del padre DON Pablo, sin perjuicio de proceder a la modificación de la medida y fijar pensión por tal concepto una vez que el padre vuelva a disponer de trabajo e ingresos económicos que le permitan afrontar su pago.

6.- Que se acuerde que DOÑA Enma deberá a abonar en concepto de PENSIÓN COMPENSATORIA a favor de DON Pablo la cantidad SEISCIENTOS (600.-) EUROS mensuales, que se reducirá a la cantidad mensual de TRESCIENTOS (300.-) EUROS mensuales a partir del momento en que la esposa desaloje la vivienda propiedad del esposo sita en Narón, C/ DIRECCION000 número NUM002, NUM003 NUM004.

Dicha pensión compensatoria deberá hacerse efectiva dentro de los primeros días de cada mes ingresándola la esposa en la cuenta bancaria que al efecto se señale por el esposo y será actualizada anualmente adaptándose a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya en sus funciones.

Una vez firme la sentencia, se remitirá testimonio de la misma al Registro Civil correspondiente para que se haga anotación marginal en el acta de matrimonio de los litigantes. Todo ello con expresa imposición de las costas del proceso al demandado."

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de D.^a Enma, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... dicte sentencia acordando lo siguiente:

1. Divorcio.- Declarar disuelto por causa de divorcio el matrimonio de los litigantes.

2. Vivienda familiar.- Otorgar a la esposa y a los hijos el uso de la vivienda familiar, sita en el piso NUM001 de la casa número NUM000 de la AVENIDA000 de Ferrol y del ajuar existente en la misma, pudiendo el marido retirar sus objetos de uso personal y sus bienes muebles privativos, previa aportación de inventario de los mismos, debiendo serle remitidos por la esposa a portes debidos al lugar que él indique.

3. Custodia y régimen de visitas.- Otorgar a la madre la custodia de los hijos, permaneciendo la patria potestad compartida, y fijando el siguiente régimen de visitas a favor del padre:

FINES DE SEMANA.- Todos los fines de semana pares del año desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo.

VERANO.- Los años pares desde las 12 horas del día 1 julio hasta las 20 horas del día 15 de julio y desde las 20 horas del día 1 de agosto hasta las 20 horas del día 15 de agosto. Los años impares desde las 20 horas del día 15 de julio hasta las 20 horas del día 31 de julio y desde las 20 horas del día 15 de agosto hasta las 20 horas del día 31 de agosto.

SEMANA SANTA.- En los años pares desde las 12 horas del viernes anterior a la semana santa hasta las 20 horas del miércoles santo y en los años impares desde las 20 horas del miércoles santo hasta las 20 horas del domingo siguiente.

NAVIDAD.- En los años pares, desde las 20 horas del día 24 de diciembre hasta las 16 horas del día 31 de diciembre: en los impares, desde las 20 horas del día 31 de diciembre hasta las 16 horas del día 6 de enero.

Durante los períodos vacacionales queda en suspenso el régimen de fines de semana y entre semana.

Los niños serán recogidos y devueltos por el padre en el domicilio de éstos.

4. Alimentos.- Fijar la contribución del padre a los alimentos de los hijos en la suma de 600 euros mensuales, que deberá ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la madre indique. Se revisará el uno de enero de cada año por aplicación del IPC que publica el INE, teniendo en cuenta el último índice conocido en la fecha de la revisión. Además, el padre deberá abonar el 50% de los gastos extraordinarios de los hijos, entendiéndose por tales los escolares y de formación (matrículas, material escolar, clases particulares, residencia, traslados, etc.) y médicos no cubiertos por los seguros (incluso los odontológicos y dermoestéticos), así como aquellos otros, también de carácter médico, que de mutuo acuerdo decidan los progenitores (en consultas e instituciones sanitarias no cubiertas por los seguros); haciéndolos efectivos mediante ingreso en el plazo de 5 días en la misma cuenta donde se abonan los alimentos, a partir de la recepción de la factura o presupuesto que se le haga llegar por la madre.

5. Uso del local en donde está instalada la clínica.- Otorgar a la esposa el uso del local donde tiene instalada la clínica (DIRECCION000, NUM002 - NUM003 NUM004 - Narón), ordenando la inscripción o anotación del referido derecho de uso en el Registro de la Propiedad.

6. Pensión.- Desestimar la petición de pensión que efectúa el marido.

7. Costas.- Imponer la costas del procedimiento al demandante".

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes para la celebración de la oportuna Vista y previos los trámites procesales correspondientes y practicada la prueba, que previamente fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos, el Juzgado de Primera Instancia num. 2 de Ferrol, dictó Sentencia, con fecha 21 de diciembre de 2009 y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Se estima parcialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Pérez San Martín, en representación de don Pablo, contra Dª Enma, con los siguientes pronunciamientos:

-Se declara la disolución por divorcio del matrimonio formado por don Pablo y Dª Enma con todos los efectos inherentes a tal declaración y con la adopción de las siguientes medidas:

-Guarda y custodia de los menores Mari Juana y Augusto : Se atribuye a Dª Enma, conservando ambos progenitores la patria potestad compartida.

-Régimen de visitas: En defecto de acuerdo entre ambos progenitores, será el siguiente:

-Fines de semana: D. Pablo podrá disfrutar de la compañía de sus hijos el 2º y el 4º fin de semana de cada mes desde las 20:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo.

-Vacaciones de Navidad: Las vacaciones escolares se dividirán en dos periodos: el primero, desde las 20:00 horas del día 22 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 31 de diciembre; el segundo, desde las 20:00 horas del día 31 de diciembre hasta las 20:00 horas del día 7 de enero. En defecto de acuerdo, el padre elegirá el periodo de disfrute en los años pares y la madre en los impares.

Vacaciones de Semana Santa: Las vacaciones escolares se dividirán en dos periodos: el primero, desde las 20:00 horas del viernes de Dolores hasta las 20:00 horas del miércoles anterior a Jueves Santo; el segundo, desde las 20:00 horas de dicho miércoles hasta las 20:00 horas del domingo. En defecto de acuerdo, el padre elegirá el periodo de disfrute en los años pares y la madre en los impares.

-Vacaciones de verano: El padre y la madre podrán disfrutar de la compañía de sus hijos durante un mes. En defecto de acuerdo, el padre elegirá el periodo de disfrute en los años pares y la madre en los impares.

Durante los periodos vacacionales (Navidad, Semana Santa y verano) se suspenden las visitas de fin de semana. El progenitor a quien le corresponda elegir el periodo de disfrute de las vacaciones lo comunicará al otro por un medio fehaciente con un mes de antelación.

Las entregas y recogidas de los menores se llevarán a cabo en el domicilio materno.

-Uso y disfrute del domicilio familiar sito en la AVENIDA000 nº NUM000 planta NUM001 dúplex de Ferrol y ajuar familiar: Se atribuye a Dª Enma. D. Pablo podrá retirar del mismo sus objetos de uso personal y los bienes muebles de su propiedad privativa.

-Pensión de alimentos para los hijos: D. Pablo deberá abonar por este concepto la cantidad de 350 euros mensuales (175 por hijo). Esta cantidad deberá pagarla los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe Dª Enma. Esta cantidad se actualizará anualmente con la variación positiva del IPC. La primera actualización se producirá el día 01/01/2011. Ambos progenitores sufragarán por mitad los gastos extraordinarios de los menores.

-Uso y disfrute del piso NUM003 NUM004 de la DIRECCION000 (finca NUM005 del Registro de la Propiedad de Narón inscrita en el folio NUM006, tomo NUM007, libro NUM008) : Se atribuye a Dª Enma durante un plazo de 10 años a contar desde la fecha

de esta sentencia, condicionando esa atribución del derecho de uso y disfrute a que lo siga destinando a clínica odontológica. Líbrese mandamiento al Registro de la Propiedad de Narón a fin de que se practique la inscripción de ese derecho de uso y disfrute...".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Pablo. Sustanciada la apelación, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de la Coruña dictó Sentencia, con fecha 15 de julio de 2010 EDJ 2010/187145 , con el siguiente fallo: "Que, con estimación parcial del recurso de apelación de D. Pablo, revocamos en parte la sentencia apelada en el único extremo referido a la cuantía de la pensión alimenticia dineraria, la cual se fija en un total de 250 euros mensuales, con la actualización anual por IPC y mitad de gastos extraordinarios a que se refiere la sentencia, cuyos restantes pronunciamientos se confirman, sin mención de las costas de la alzada...".

TERCERO.- Anunciado recurso de casación por interés casacional por D. Pablo, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por el Procurador D. José Angel Cortiñas Fariña, formalizó dicho recurso articulándolo en los siguientes motivos:

Primero: Infracción por aplicación indebida de los arts. 91, 96 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1, en relación con el art. 1437 del mismo texto legal.

Segundo: Interés casacional conforme dispone el art. 477.3 de la LEC EDL 2000/77463 , al resolver puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, por infracción de los arts. 91, 96 y concordantes del Código Civil EDL 1889/1, en relación con el art. 1437 del mismo texto legal.

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. Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de D. Pablo, en concepto de parte recurrente. El Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, en nombre y representación de Dª Enma, en concepto de parte recurrida. Interviene el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de fecha 26 de abril de 2011 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco Martínez de Ercilla, en nombre y representación de Dª Enma, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal presentó escrito solicitando se case la sentencia y se dicte otra en el sentido solicitado en dicho escrito.

QUINTO.- Se señaló como día para votación y fallo del recurso el doce de abril de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. Dª Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos determinantes para este recurso de casación.

1º D. Pablo y Dª Enma contrajeron matrimonio en 1988. Tienen dos hijos, menores en el momento de presentar la demanda. Actualmente han alcanzado la mayoría de edad.

2º En 21 noviembre 1995, los cónyuges pactaron la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y el régimen de separación de bienes. Se atribuyó a la esposa el piso que constituye la vivienda familiar y al esposo la propiedad de otro piso, que siguió siendo usado por la esposa para el ejercicio de su profesión de médico dentista, sin pago de renta alguna.

3º En 2009, el esposo, D. Pablo, presentó la demanda de divorcio. En lo que aquí interesa, pidió que se le atribuyera el uso de la vivienda ocupada por su esposa como despacho profesional y que se la requiriera para su desalojo en un plazo no superior a seis meses.

Dª Enma pidió que se le otorgara el uso del referido local.

4º La sentencia del juzgado de 1ª instancia num. 2 El Ferrol, de 21 diciembre 2009, desestimó la demanda en este punto. Dijo que a) "teniendo en cuenta la situación económica de ambos cónyuges y con la finalidad de garantizar la estabilidad económica de los dos hijos comunes se considera que lo más adecuado es otorgar el uso y disfrute de esa vivienda a Dª Enma, condicionando esta atribución a que lo siga destinando a clínica odontológica"; b) "ese uso se atribuye no en interés de la misma sino en interés de los hijos comunes por lo que no puede tener carácter indefinido", por lo que entendió suficiente atribuirlo durante diez años, periodo en que los hijos adquirirán capacidad suficiente para acceder al mercado laboral.

5º D. Pablo apeló la anterior sentencia. La SAP de A Coruña, sección 4ª, de 15 julio 2010 EDJ 2010/187145 , mantuvo la atribución, "no obstante pertenecer privativamente al ex esposo y no constituir domicilio familiar", ya que esta decisión "se adoptó razonadamente, de manera excepcional, con una duración proporcionada y es ajustada a derecho al estar fundada en la concreta necesidad de asegurar los alimentos y el bienestar de los hijos, es decir, el interés de estos, atendidas las circunstancias del caso, los acuerdos anteriores y la continuidad de una situación que no es nueva sino de muchos años atrás".

6º D. Augusto interpone recurso de casación, por interés casacional, de acuerdo con el art. 477.3 LEC. EDL 2000/77463 Fue admitido por ATS de 26 abril 2011.

Figura la oposición de la parte recurrida y el informe del MF, que apoya la casación de la sentencia EDJ 2010/187145 .

SEGUNDO.- Se van a examinar conjuntamente los motivos primero y segundo, porque desde dos puntos de vista diferentes, cuestionan que sea posible la atribución de segundas viviendas en los procedimientos matrimoniales. El primer motivo se basa en que se ha producido una infracción de los arts. 91, 96 y concordantes CC EDL 1889/1, así como del art. 1473 CC EDL 1889/1 y el segundo, además, que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Los argumentos utilizados son: En el primer motivo, la infracción de los artículos citados, porque pretende atribuir el uso de una vivienda privativa que no constituye domicilio familiar del cónyuge no titular, ya que rige entre los cónyuges el régimen de separación de bienes.

En el motivo segundo, se dice que las Audiencias Provinciales mantienen soluciones contradictorias: (a) la postura mayoritaria consiste en la negación de la atribución del uso y disfrute de la vivienda distinta de aquella que constituye el domicilio familiar, dado que el art 96 CC EDL 1889/1 no prevé la asignación de otra distinta. En este grupo se incluyen las sentencias de la Audiencia provincial de Valencia, sección 10, 640/2002, de 4 diciembre; 661/ 2002, de 12 diciembre y 170/2003, de 27 marzo EDJ 2003/57256 , así como otras que cita. (b) La postura minoritaria incluye sentencias que atendiendo al caso concreto, declaran la posibilidad de atribuir viviendas distintas a los solos efectos de cubrir las necesidades de habitación y respecto de inmuebles que sean propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial. Cita las sentencias de la Audiencia provincial de Madrid, sección 24, 528/2001, de 25 mayo EDJ 2001/57160 y 269/2003, de 13 marzo EDJ 2003/66541 . Finalmente, (c) postura intermedia, en algunas sentencias en las que se ha negado la atribución del uso y disfrute de vivienda distinta a la habitual, se asigna la administración a uno de los cónyuges, también en casos de necesidades de habitación y respecto de inmuebles que sean propiedad de ambos cónyuges con carácter ganancial. Se citan las sentencias de la Audiencia provincial de Madrid, sección 24, 608/2005, de 19 julio EDJ 2005/160137 , y sección 22, 560/2007, de 25 septiembre EDJ 2007/193140 , entre otras.

El recurrente afirma que la vivienda cuyo uso se ha atribuido, no ha constituido en ningún momento domicilio familiar, sino despacho de la ex esposa para ejercer en ella su actividad profesional; que el local es privativo del marido y que dicha actividad no está condicionada por el local que ocupa, entre otros argumentos.

TERCERO.- Antes de entrar a examinar los argumentos del recurso de casación, la Sala debe plantearse si concurre interés casacional, ya que las sentencias de contraste que el recurrente aporta no se refieren exactamente al caso planteado, sino que resuelven supuestos de atribución del uso de local o segunda residencia ganancial antes de la liquidación de la sociedad conyugal. A pesar de ello, esta Sala entiende que dicho interés casacional concurre, aplicando las reglas contenidas en las SSTs 976/2008, de 31 octubre EDJ 2008/203570 y 717/2011, de 27 octubre EDJ 2011/262926 . La primera de las sentencias citadas dice que "(...)de circunscribir la "cognitio" del Tribunal en el tema de infracción de doctrina jurisprudencial a un mero juicio de contraste respecto de las sentencias citadas por la parte, (y sin menoscabo de que esta alegación es una exigencia formal insoslayable para la parte recurrente), se excluiría la posibilidad de que el Tribunal pudiera aplicar la doctrina jurisprudencial actual, o, lo que es peor, la posibilidad de crear o cambiar la jurisprudencia adecuada al caso, contradictoria o no con la invocada, con lo que, en las materias en las que el tipo de proceso se determina en atención a las mismas, se cercenaría prácticamente la evolución de la jurisprudencia y se cosificaría la normativa legal, lo que no tiene apoyo alguno en la previsión legislativa, ni coincide con el criterio interpretativo racional que procede mantener en la materia". Ello coincide con el Acuerdo de la Sala 1ª, de 30 diciembre 2011 EDJ 2011/300554 , sobre criterios de admisión de los recursos de casación y los recursos extraordinario por infracción procesal, donde se dice que "cuando a criterio de la Sala 1ª del TS, la parte recurrente justifique debidamente la necesidad de modificar la jurisprudencia en relación al problema jurídico planteado porque haya evolucionado la realidad social o la común opinión de la comunidad jurídica sobre una determinada materia" podrá admitirse un recurso de casación en la modalidad del interés casacional.

Esta es la situación que plantea el presente recurso por las siguientes razones:

1ª Si bien como se ha dicho, la doctrina de contraste aportada se refiere a inmuebles gananciales que constituyen segundas residencias, se produce una situación de analogía, ya que se trata de una segunda residencia de facto, al ser utilizada exclusivamente por uno de los cónyuges, no como domicilio, sino como local profesional. Y ello a pesar de que la propiedad de dicho local era exclusiva del marido al haberse adjudicado en la liquidación de los gananciales efectuada en el año 1995, casi diez años antes de la crisis matrimonial.

2ª Son aplicables a los procesos matrimoniales las reglas del recurso de casación. Sin embargo, los especiales intereses protegidos en dichos procesos permiten una interpretación más amplia de las normas que dan sentido al concepto de interés casacional.

Estas razones llevan a estimar la concurrencia de interés casacional, que consiste en determinar si las segundas residencias pueden atribuirse en las medidas definitivas dictadas por el juez en el proceso matrimonial.

CUARTO.- Determinada la concurrencia de interés casacional y la identificación del mismo, debemos examinar a continuación el problema planteado por el recurrente.

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 julio EDL 1981/2897 , que introdujo el divorcio como forma de disolución del matrimonio y sus efectos, se ha discutido acerca de la posibilidad de atribuir las denominadas segundas residencias en el curso del procedimiento matrimonial. El art. 91 CC EDL 1889/1 solo permite al Juez, en defecto de acuerdo, o de no aprobación del acuerdo presentado, atribuir el uso de la vivienda familiar, siguiendo los criterios que establece el art. 96 CC. EDL 1889/1 El art 774.4 LEC EDL 2000/77463 repite la misma regla. De donde debemos deducir que el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, no puede ser efectuado por el juez en el procedimiento matrimonial seguido con oposición de las partes

o, lo que es lo mismo, sin acuerdo. Tampoco el art. 233-20.6 del Código civil de Cataluña permite esta atribución, sino que solo prevé esta posibilidad en el caso que la segunda vivienda sea más apta para satisfacer la necesidad de los hijos y del progenitor custodio.

Existen varias razones para llegar a esta conclusión, dejando aparte la interpretación literal del Código civil EDL 1889/1 y de la Ley de Enjuiciamiento, a la que se ha aludido:

1ª La atribución de otras residencias de la familia o de otros locales debe efectuarse de acuerdo con las reglas del régimen económico matrimonial que rijan las relaciones entre cónyuges.

2ª La sentencia que decreta el divorcio o la separación, declara la disolución del régimen. Puede declarar también su liquidación, pero para ello debe seguirse el procedimiento del art. 806 y ss LEC EDL 2000/77463 , en defecto de acuerdo previo.

3ª Cuando los cónyuges se rijan por un régimen de separación de bienes, como ocurre en este caso, no se producen problemas de atribución de bienes, porque los patrimonios están claramente fijados. Por ello, el juez de familia no tiene competencia para atribuir el uso de bienes distintos de aquellos que constituyen la vivienda familiar. Un argumento a favor de esta conclusión la proporciona el art. 103, 4ª CC EDL 1889/1 , que permite en medidas provisionales que pueden convertirse en definitivas, señalar qué bienes gananciales hayan de entregarse a cada cónyuge para su administración y disposición, previo inventario y con la obligación de rendir cuentas. Esta regla no es aplicable al régimen de separación de bienes.

Por otra parte, esta sentencia no contradice la 78/2012, de 27 febrero EDJ 2012/24609 que atribuyó al marido el uso del domicilio familiar, debido a que ejercía allí su profesión de abogado, porque en el presente caso se trata de la decisión sobre el uso de un local que no es vivienda familiar y que, por esta condición, no puede ser atribuido en el procedimiento matrimonial.

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.

QUINTO.- La doctrina casacional debe ser aplicada al presente recurso. Por ello, debe casarse en parte la sentencia recurrida EDJ 2010/187145 , que confirmó la dictada por el juzgado de 1ª instancia num. 2 del Ferrol, de 21 diciembre de 2009, y dejar sin efecto la atribución efectuada a Dª Enma del uso del piso NUM003 NUM004, situado en la DIRECCION000, propiedad de D. Pablo. No procede hacer ninguna atribución al recurrente del uso del piso de su propiedad, por no corresponder a este procedimiento matrimonial.

SEXTO.- La estimación de los motivos del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Pablo contra la SAP de A Coruña, sección 4ª, de 15 julio 2010 EDJ 2010/187145 , determina la de su recurso.

De acuerdo con lo establecido en el art. 398.2 LEC EDL 2000/77463 , no se imponen al recurrente las costas de su recurso de casación.

Se mantiene la declaración de costas de la sentencia de apelación EDJ 2010/187145 y de la sentencia de primera instancia, que no hicieron especial pronunciamiento en costas.

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

FALLO

1º Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Pablo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 15 julio 2010, dictada en el rollo de apelación num. 365/10 EDJ 2010/187145 .

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida EDJ 2010/187145 .

3º En su lugar se pronuncia sentencia dejando sin efecto la atribución a Dª Enma del uso del piso NUM003 NUM004, situado en la DIRECCION000 y se declara que no procede hacer ninguna atribución a D. Pablo del uso del piso de su propiedad. Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 15 julio 2010 EDJ 2010/187145 , incluido el relativo a las costas.

4º Se pronuncia la siguiente doctrina: en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

5º No procede imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes.

6º No se imponen las costas de la apelación, ni las de la primera instancia a ninguno de los litigantes.

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.- José Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y rubricado. Publicación. Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª 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.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079110012012100292