



Roj: STS 2258/2014  
Id Cendoj: 28079110012014100260  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 594/2012  
Nº de Resolución: 320/2014  
Procedimiento: Casación  
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Junio de dos mil catorce.

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 22º de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal sobre modificación de medidas definitivas nº 498/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valdemoro, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Lorenzo , y la procuradora doña María Teresa Campos Montellano. Siendo parte el Ministerio Fiscal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** La procuradora doña Maria Carolina Sanz Martín, en nombre y representación de don Lorenzo , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas, contra doña Coral y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

1. La atribución de la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio, Torcuato , a su padre, don Lorenzo , permaneciendo compartida por ambos progenitores la patria potestad.

2. La concesión a la madre del régimen de visitas establecido en la sentencia de instancia a favor del padre.

3. En concepto de pensión alimenticia doña Coral satisfará la cantidad de TRESCIENTOS EUROS MENSUALES (300# al mes), en doce mensualidades iguales, pagaderas por adelantado antes del día 5 de cada mes.

Asimismo satisfará la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan y la mitad del importe del crédito hipotecario que grava la vivienda.

4. La anterior pensión será actualizada anualmente, a partir del 1º de enero del año siguiente a la fecha de la sentencia y en cuantía proporcional a la variación que experimente el Índice de Precios al Consumo (General Nacional) publicado por el Instituto Nacional de Estadística.

5. La vivienda conyugal quedará para uso y disfrute del menor y del esposo, como consecuencia de atribuirse al mismo su guarda y custodia. Otro tanto sucederá con el ajuar y mobiliario que en la misma se encuentra, sin perjuicio de que la esposa pueda retirar sus efectos personales, siempre bajo inventario.

6.- Se dejarán sin efecto las medidas fijadas en sentencia de 29 de noviembre de 2006 al haberse variado sustancialmente las circunstancias.

7.- Se condenará en costas a la parte demandada si concurrieren las circunstancias previstas en el art. 394 de la LEC .

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procurador doña Esmeralda Figueroa López en nombre y representación de doña Coral , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se acuerde no haber lugar a lo solicitado, manteniendo las medidas cautelares acordadas hasta que mi representada sea dada de alta que se prevé para el mes de enero de 2009.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valdemoro, dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que estimando como estimo parcialmente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Sanz Martín, en nombre y representación de don Lorenzo , debo acordar como acuerdo la modificación de las medidas que fueron establecidas en la sentencia de separación dictada por este Juzgado en fecha en fecha 29 de noviembre de 2006 , en los siguientes términos:*

1. *Se atribuye la guarda y custodia del hijo menor del matrimonio, Torcuato , al padre, Lorenzo , compartiendo ambos progenitores la patria potestad.*

2. *Se establece a favor de la madre, Coral , el mismo régimen de visitas con su hijo que el que fue previsto en la sentencia de separación a favor del padre.*

3. *Se fija una pensión de alimentos a favor del hijo y a cargo de la madre, por importe de 150 euros mensuales. Dicha suma se verá actualizada anualmente, conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo fijado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya.*

4. *Ambos progenitores deberán contribuir al 50% en los gastos extraordinarios que puedan surgir en el debido cuidado del menor, siempre que se justifiquen debidamente. derivados del pago de la cuota mensual de la hipoteca que grava el domicilio.*

5. *Ambos progenitores deberán contribuir al 50% en los gastos derivados del pago de la cuota mensual de la hipoteca que grava el domicilio familiar.*

6. *Se atribuye a la madre, Coral , el uso y disfrute del domicilio familiar, por considerar su interés como el más necesitado de protección.*

*No se hace especial imposición de las costas causadas en el presente juicio.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Lorenzo , la Sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Teresa Campos Montellano, en nombre y representación de don Lorenzo , contra la sentencia dictada en fecha 26 de marzo de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Valdemoro, en autos de modificación de medidas nº 498/08, seguidos a instancia del citado contra doña Coral , debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución apelada, sin hacer declaración sobre condene en las costas del recurso.*

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso de casación** la representación procesal de don Lorenzo con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: ÚNICO**.- Infracción de las normas aplicables para resolver el objeto del proceso, infracción de lo dispuesto en el artículo 96 párrafo primero del Código Civil en cuanto establece preceptivamente, en defecto de acuerdo de los cónyuges, la atribución del **uso de la vivienda familiar** a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Se citan las sentencias de fecha 1/4/2011 , 14/4/2011 y 30/9/2011 .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 25 de septiembre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la aplicación de la doctrina expuesta en el recurso lo que determina el apoyo al mismo, pues en la sentencia recurrida no se resuelve la cuestión suscitada en base al interés superior de menor.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de Mayo del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de casación se formula exclusivamente por la medida de **uso de la vivienda familiar** que se tomó tanto en la sentencia del Juzgado como en la de la Audiencia a favor de la esposa, y madre del menor, Torcuato , sin limitación de tiempo, en razón al interés más necesitado de protección, no obstante haberse dejado el niño bajo la guarda y custodia de su padre, que es quien recurre la sentencia que cuenta con el apoyo del Ministerio Fiscal, por haberse vulnerado el artículo 96.1 del Código Civil y la jurisprudencia que lo interpreta ( STS 221/2011, de 1 de abril , reiterada por las sentencias 236/2011, de 14 de abril y 642/2011, de 30 de septiembre ).

**SEGUNDO.-** El recurso se estima.

Las sentencias que se citan en el motivo, y que reiteran las más recientes de 17 de octubre 2013 y 3 de abril de 2014 , disponen que según el art. 96 CC en defecto de acuerdo, el **uso de la vivienda familiar** corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

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 ".

En 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, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat , que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) ( STS 10 de octubre 2011 ; 5 de noviembre 2012 , 15 de marzo 2013 , entre otras).

Pero no es este el caso.

En primer lugar, se acude al interés particular del cónyuge no custodio cuando hay un hijo menor del matrimonio, y además se hace sin una limitación de tiempo, como exige el artículo 96 del Código Civil .

En segundo lugar, admitida a trámite la demanda, con base en el artículo 158 del Código Civil y 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en orden a proteger el interés del menor, se asignó cautelar y temporalmente la guarda y custodia del menor al padre, manteniendo a la madre en el uso de la vivienda, dado que el padre tenía en esos momentos resuelto el problema de la vivienda en la casa de su pareja de hecho. Ahora bien, ello no indica sin más que pueda ponerse a cargo de un tercero una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, que constituyó el domicilio conyugal y que no fue abandonado de forma voluntaria, sino por imperativo del artículo 96 del CC , como consecuencia de la sentencia de separación dictada el 29 de noviembre de 2006 . La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura al menor y esto no se produce en la situación actual que disfruta el padre. Ello perjudicaría al menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda, sin perjuicio de que la medida pueda verse alterada en razón a circunstancias posteriores, pero no para atribuirla a la esposa, sino para dejarla sin efecto, porque no se cumple la finalidad para que la que está prevista.

**TERCERO.-** La estimación del recurso, determina la casación en este punto de la sentencia de la Audiencia Provincial. En funciones de instancia se anula la medida de uso de la vivienda a favor de doña Coral para atribuírselo al esposo, don Lorenzo , bajo cuya guarda y custodia está el hijo menor del matrimonio, dejando también sin efecto, en este punto, la sentencia del juzgado, que se mantiene en todo lo demás que no fue objeto de recurso de apelación. Se reitera 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 ".



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

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

## FALLAMOS

**1º** Estimar el recurso de casación interpuesto por don Lorenzo contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 18 de noviembre de 2011, dictada en el rollo de apelación num. 586/2011 .

**2º** Se casa y anula la sentencia recurrida, en cuanto atribuye a la esposa el **uso de la vivienda familiar**. En su lugar se atribuye este uso al esposo, dejando en este particular sin efecto la sentencia del juzgado, que se mantiene en todo lo demás.

**3º** Se reitera 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 ".

**4º** No se imponen a ninguna de las partes las costas del recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día 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. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz.Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Antonio Seijas Quintana, 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.