

Roj: STS 3202/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3202  
Id Cendoj: 28079110012015100413

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 409/2014

Nº de Resolución: 448/2015

Procedimiento: Casación

Ponente: FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 789/2013 de la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio verbal, de familia, guarda, **custodia** y alimentos, núm. 178/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Collado Villalba, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la procuradora doña Carmen Madrid Sanz, en nombre y representación de don Jose Ramón, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y la procuradora doña Cristina Méndez Rocasolano en nombre y representación de doña Candelaria en calidad de recurrido y con la intervención del Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.- 1.-** La procuradora doña Begoña del Carmen Lluva Rivera, en nombre y representación de doña Candelaria, interpuso demanda de guarda y **custodia**, régimen de visitas y alimentos, sustanciándose por los trámites del juicio verbal con las especialidades previstas en el art. 753 de la LEC, contra don Jose Ramón y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que «se acuerde la adopción en beneficio de las menores Marisol y Marí Luz, con expresa imposición de costas a D. Jose Ramón, de las siguientes medidas:

1º. La Patria Potestad de las hijas menores Marisol y Marí Luz se ejercerá de forma conjunta por ambos padres según previene el art. 154 del CC. La guarda y **custodia** de los menores se atribuye a la madre.

2º. Uso de la Vivienda Familiar. Se establece el uso de la vivienda familiar sita en la URBANIZACIÓN000, URBANIZACIÓN000 número NUM000, 28400 de Villalba (Madrid), a favor de las menores.

3º. Régimen de visitas que, en todos los supuestos, será sin pernocta:

A.- Durante el período escolar.

- Sábados y domingos alternos desde las 10:00 a las 13:00 horas.

- Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, unida a este por un puente reconocido por la institución donde curse sus estudios el menor, no se considerará este período agregado al fin de semana, y en consecuencia procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el referido fin de semana.

B.- Durante los períodos de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

- Los días 24, 31 de diciembre y 7 de enero desde las 10:30 a las 13:00 horas.

- Dos días seguidos en Semana Santa coincidentes con los dos primeros días de vacaciones escolares desde las 10:30 a las 13:00 horas.

- Diez días seguidos en verano en el mes de julio los años pares y en el mes de agosto en los años impares coincidentes con los primeros diez días de cada mes desde las 10:30 a las 13:00 horas.

Durante los períodos de vacaciones se interrumpen las estancias de fines de semana. La recogida y entrega del menor se realizará en el domicilio de las menores.

Si bien y como consideramos que este régimen de visitas debe favorecer la adaptación de las menores, a una relación más estrecha con su padre, entendemos que no puede ser fijado sine día, tratando de llegar a un régimen de visitas más normalizado una vez transcurridos dos años desde que se inicie el cumplimiento del régimen propuesto.

4º. Pensión de alimentos. El padre entregará a la madre mensualmente la cantidad de trescientos setenta euros (370 euros) por hija, por anticipado y dentro de los primeros cinco días de cada mes. Esta cifra se actualizará anualmente según el IPC elaborado por el INE o índice que lo sustituya.

Los gastos extraordinarios se abonarán por mitad de ambos progenitores».

2.- La procuradora doña Montserrat Gómez San José, en nombre y representación de don Jose Ramón , 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, en beneficios de las menores, las siguientes medidas:

1º. Patria Potestad de las menores. Se ejercerá de forma conjunta por ambos progenitores. La guardia y **custodia** se atribuye a la madre.

2º. Uso de la vivienda sita en c/ URBANIZACIÓN000 , NUM001 de Collado Villalba, dado que las menores ya tienen una vivienda adecuada y están escolarizadas en la zona, se establece que sea atribuido a mi representado y a su madre enferma y se desestime el desalojo solicitado por la actora, ya que es el único lugar donde pueden vivir, sin que esto suponga la desaparición de los únicos ingresos de mi representado, lo cual afectaría a la posibilidad de atender a la pensión de alimentos, además de su propia supervivencia.

3º. Régimen de Visitas. Mantener el régimen de visitas establecido en el acuerdo privado suscrito, libre y voluntariamente, por ambas partes, sin que sea necesario ningún período transitorio de adaptación.

4º. Pensión de Alimentos. Atendiendo a la situación económica actual de mi representado, éste entregará a la actora la cantidad de trescientos euros (300,00.-#) mensuales, por ambas hijas, dentro de los cinco primeros días de cada mes.

Esta parte solicita que dicha cantidad no sea entregada cuando los menores estén con mi representado en los períodos que comprendan el régimen de visitas que se acuerde».

3.- El Fiscal contestó a la demanda oponiéndose a los hechos formulados en tanto no quedaran suficientemente probados por la parte invocante, y suplicando al juzgado «se dicte sentencia de conformidad con lo probado y acreditado en autos».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Collado Villalba se dictó sentencia, con fecha 8 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO**.

*Que estimando en parte la demanda de Guarda, **Custodia** y Alimentos presentada por D.<sup>a</sup> Candelaria frente a D. Jose Ramón procede acordar como MEDIDAS DEFINITIVAS respecto de las hijas comunes las siguientes:*

1.- *La atribución definitiva de la guarda y **custodia** de las dos hijas menores a la madre, permaneciendo **compartida** la patria-potestad.*

2.- *Como régimen de visitas del progenitor paterno se mantiene el establecido en el Auto de Medidas Provisionales de fecha 11 de noviembre de 2011 con las extensiones contenidas en el fundamento 1º de esta resolución (tarde de los miércoles y extensión horaria hasta las 20:00 horas).*

3.- *Se atribuye el uso de la que fuera vivienda familiar sita en URBANIZACIÓN000 núm. NUM000 de Collado Villalba a las menores y a la madre bajo cuya compañía permanecerán.*

*La vivienda deberá ser puesta a su disposición el 1 de agosto de 2013 a falta de otro acuerdo entre las partes.*

4.- *Desde la mensualidad de agosto de 2013 inclusive la pensión de alimentos con la que el padre debe contribuir al sustento de sus hijas será de 300 euros al mes.*

No se hace imposición expresa a ninguna de las partes respecto de las costas derivadas de esta instancia.

**SEGUNDO**.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Vigésimo Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia, con fecha 3 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS**

*Que estimando parcialmente el recurso formulado por la representación procesal de D. Jose Ramón , contra la sentencia dictada en fecha 8 de abril de 2013 por el Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Collado Villalba , en autos de medidas definitivas sobre la **custodia** y los alimentos de los hijos menores, seguidos bajo el nº 178/11 entre dicho litigante y D.<sup>a</sup> Candelaria , que debemos revocar y revocamos, y en su lugar se acuerda:*

*Los fines de semana alternos desde el viernes por la tarde que el padre las recogerá del colegio al domingo a las 20,00 h. que las entregará en el domicilio materno.*

*La tarde de los miércoles desde la salida del colegio a las 20,00 h. que las entregará en el domicilio materno.*

*Le corresponde al padre la primera mitad de las vacaciones escolares de las menores de Navidad, Semana Santa y verano en los años pares y la segunda en los años impares; y a la madre la segunda mitad en los años pares y la primera mitad en los años impares.*

*Se confirman las restantes medidas acordadas en la sentencia.*

*No procede hacer condena en las costas causadas en esta alzada.*

**TERCERO**.- 1.- Por la representación procesal de don Jose Ramón se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Primer motivo y único.- En base al art. 477, número 3, apartado 2 de la LEC , por interés casacional en cuanto a la asignación de la vivienda infringiendo lo dispuesto en el art. 91 y 96.1 del Código Civil , 103.2 del Código Civil y el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375), así como la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de las referidas normas.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 21 de octubre del 2014 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Cristina Méndez Rocasolano, en nombre y representación de doña Candelaria , y el Ministerio Fiscal presentaron escritos de oposición al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día ocho de julio del 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** .- Por el Juzgado de Primera Instancia se acordó que la guarda y **custodia** de las dos hijas menores correspondería a la madre, a cuya disposición se debería poner la vivienda familiar.

Por la Audiencia Provincial se amplió el régimen de visitas a favor del padre y se mantuvo lo acordado en la instancia sobre la vivienda familiar.

El Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso de casación.

**SEGUNDO** .- En la sentencia recurrida se declaró probado que la vivienda familiar, de la que es titular la abuela paterna, fue abandonada por D.<sup>a</sup> Candelaria , junto con sus hijas, pasando a ocupar otra vivienda propiedad de la madre de ella y adaptándose las menores al nuevo entorno escolar. Que D.<sup>a</sup> Candelaria está disfrutando de una mejor posición económica que el padre de las niñas (D. Jose Ramón ).

**TERCERO** .- *Motivo único. En base al art. 477, número 3, apartado 2 de la LEC , por interés casacional en cuanto a la asignación de la vivienda infringiendo lo dispuesto en el art. 91 y 96.1 del Código Civil , 103.2 del Código Civil y el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375), así como la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación de las referidas normas.*

*Se estima el motivo.*

Se alega por el recurrente que el interés de las menores está suficientemente cubierto en la vivienda a la que se trasladó la madre y que es propiedad de la abuela materna. Que la jurisprudencia establece la presunción "iuris tantum" del interés del menor, pero que queda desvirtuada por la existencia de otra vivienda. Que no se puede establecer una "reserva de la que fue vivienda familiar".

Esta Sala ha declarado en sentencia de 29 de marzo de 2011, rec. 141 de 2008 , que "cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, como ocurre en el caso presente, en que la madre ha adquirido una nueva vivienda que ostenta en copropiedad con la nueva pareja con la que convive, no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y **custodia**".

Igualmente en sentencia de 10 de octubre de 2011, recurso 1069 de 2009 , se declaró como doctrina jurisprudencial que "El juez puede atribuir el uso de una vivienda que no sea la que se está ocupando en concepto de vivienda familiar cuando el inmueble que se está utilizando pertenezca a terceras personas en orden a proteger el interés de los menores y ello siempre que la residencia que se atribuya sea adecuada para satisfacer las necesidades de los hijos".

En esta sentencia de 10 de octubre de 2011 se añade que "La solución propuesta requiere que la vivienda sea idónea para satisfacer el interés del menor y de acuerdo con lo que resulta probado en el procedimiento, este interés queda perfectamente salvaguardado. La solución no contradice las SSTs 451/2011, de 21 junio , 236/2011, de 14 abril y 221/2011, de 1 abril , que declaran que debe atribuirse al menor el uso de la vivienda familiar, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 96 CC , porque su interés es el que debe ser protegido, puesto que en el presente caso, la posibilidad de que los propietarios recuperen la vivienda ejerciendo el desahucio por precario, implica que deba entenderse perjudicial para el propio menor la atribución del uso de una vivienda de la que podría ser desalojado".

En suma, esta Sala debe declarar que pese a la radicalidad del art. 96 del CC , el interés de las menores puede quedar protegido cuando pasan a residir en vivienda que no desmerezca de la que ha venido siendo la familiar, cuando de ésta pueden ser desalojados, al no ser propiedad de los progenitores.

En el presente caso la vivienda que fue familiar era titularidad de la abuela paterna (y en la que ésta residía junto con D. Jose Ramón , D.<sup>a</sup> Candelaria y las menores) y la que actualmente ocupa la madre (D.<sup>a</sup> Candelaria ) y los menores es propiedad de la abuela materna, a la que se trasladó D.<sup>a</sup> Candelaria .

En el presente caso lo determinante es que la vivienda que fue familiar es titularidad de la abuela paterna con lo que la asignación de esta a los menores junto con su madre está sujeta al riesgo cierto de desahucio por precario, máxime cuando tienen otros medios de afrontar la necesidad de vivienda. También es concluyente que la vivienda en cuestión ya no puede considerarse vivienda familiar.

Este pronunciamiento no queda contradicho por lo declarado por esta Sala en sentencia de 15 de marzo de 2013, recurso 864 de 2011 , dado que afrontaba un supuesto en que la vivienda familiar era propiedad del esposo y no, como en este caso, propiedad de un tercero.

Como declara la doctrina jurisprudencial citada no se trata de mantener una reserva indefinida de vivienda, máxime cuando no consta la intención de trasladarse a la misma ni necesidad de ello, dado que las menores se encuentran escolarizadas en su nueva zona de influencia y disponen de nueva vivienda estable y adecuada.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso dejando sin efecto la atribución de la vivienda familiar a las menores y a la madre que las **custodia** al quedar satisfecho el interés de las menores en la nueva vivienda. Se ratifica la doctrina jurisprudencial emanada de sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 2011, recurso 1069 de 2009 .

**CUARTO** .- No procede expresa imposición en las costas del recurso de casación ( art. 398 LEC ).

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

## FALLAMOS

1. ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D. Jose Ramón , representado por la Procuradora D.<sup>a</sup> María del Carmen Madrid Sanz, contra sentencia de 3 de diciembre de 2013 de la Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid .





2. Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de dejar sin efecto la atribución a los menores y a la madre de la vivienda que fue familiar.

3. Se ratifica la doctrina jurisprudencial emanada de sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 2011, recurso. 1069 de 2009 .

4. No procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

5. Procédase a la devolución del depósito para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** , 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ