



Roj: **STS 6496/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:6496**

Id Cendoj: **28079110012011100652**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/10/2011**

Nº de Recurso: **1069/2009**

Nº de Resolución: **695/2011**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Octubre 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 Madrid, Sección 24ª, por **D. Ernesto**, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio Vicente-Arche Rodríguez, contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección el día 26 de marzo de 2009, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Móstoles, en los autos de divorcio nº 8/07. Ante esta Sala comparecen el Procurador D. Alberto Pérez Ambite, en nombre y representación de Dª. Marí Luz, personándose en concepto de parte recurrida; asimismo se personó el Procurador D. José Antonio Vicente-Arche Rodríguez en nombre y representación de D. Ernesto, en concepto de parte recurrente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Móstoles, interpuso demanda de separación judicial Dª. Marí Luz, contra D. Ernesto. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... dicte sentencia por la que, dando lugar a dicha separación, determine como medidas o efectos derivados de la misma, los siguientes:

. Cesación de deberes conyugales.

. Disolución del régimen económico matrimonial.

. Atribución de la guardia y custodia a la madre. Patria potestad compartida.

. Régimen de visitas a favor del padre. A falta de acuerdo, será el de dos horas semanales, con recogida y entrega de la menor en el domicilio materno. Estas visitas serán verificadas, hasta que no se acuerde otra cosa, en compañía de algún miembro de la familia materna.

. Posteriormente, y si no acaece circunstancia alguna que motive su no aplicación, cuando la menor cumpla los CUATRO años de edad, se aplicará un régimen de visitas ordinario, es decir, fines de semana alternos desde las 10:00 horas del sábado hasta las 17:00 horas del domingo (uniéndose los "puentes" que se produzcan) y vacaciones por mitad, eligiendo la madre los años pares y el padre los impares, correspondiendo en todo caso al padre un mes en verano y las semanas santas íntegramente a cada progenitor en años alternativos.

. Atribución del domicilio conyugal y ajuar familiar a madre e hija.

. Establecimiento de una pensión alimenticia a cargo del padre que ascienda, al menos a 500.- €/mes. Gastos extraordinarios por mitades entre los dos progenitores.

Y con condena en costas a la parte demandada, si concurrieren las circunstancias del art. 394 LEC".



D. Ernesto , presentó ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Móstoles, demanda de divorcio y solicitud de medidas provisionales, la que se acordó acumular a la demanda de separación presentada, con anterioridad ante el mismo Juzgado, por Dª Marí Luz .

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Ernesto los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda de separación presentada por Dª Marí Luz , con expresa imposición de las costas". Asimismo formuló demanda reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: se dicte en su día Sentencia por la que estimando la presente demanda se acuerde las siguientes medidas definitivas:

1º.- La disolución del matrimonio por divorcio de DON Ernesto y DOÑA Marí Luz .

2º.- Decretar que la patria potestad de la hija menor de edad Laura, la ejercerán conjuntamente ambos progenitores, en beneficio de ésta.

3º.- Atribuir la guarda y custodia de la hija menor, Laura, a DON Ernesto estableciéndose el siguiente régimen de visitas a favor del cónyuge no custodio:

C) Fines de semana alternos desde las 10 h. del sábado a las 20 h. del domingo y los dos días por semana, martes y jueves, de 17 h. a 20 h., y siempre que puedan los ser disfrutadas por la citada en atención a sus obligaciones laborales. Con recogida y entrega en el domicilio donde resida la menor.

En el supuesto que el día inmediatamente anterior o posterior al fin de semana fuera festivo, que los días de vacación se añadan a los que correspondan al progenitor titular de ese fin de semana.

D) Respecto del periodo vacacional, durante los cuales queda en suspenso el régimen de visitas ordinario y siempre con recogida y entrega en el domicilio donde resida la menor a las 20h

-Que las vacaciones de verano se dividan por mitad, eligiendo en caso de discrepancia los años pares la madre y los años impares el padre.

-Que las vacaciones de Semana Santa se dividan por mitad, eligiendo en caso de discrepancia los años pares la madre y los años impares el padre.

-Que las vacaciones de Navidad, se divida por mitad entre ambos progenitores, eligiendo en caso de discrepancia los años pares la madre y los años impares el padre; a estos efectos se considerara que la primera mitad de las vacaciones comprende desde que comiencen las referidas vacaciones y en cualquier caso del día 24 hasta el día 31 de Diciembre, y la segunda mitad desde el día 31 de diciembre por la noche hasta el día 7 de Enero. Con recogida y entrega en el domicilio donde resida la menor a las 20h.

4º. En concepto de pensión alimenticia a favor de la hija menor de edad, Laura y a satisfacer por la Sra. Marí Luz , de 250 ? mensuales que deberán actualizarse conforme al incremento interanual que experimente el IPC que publica el INE u organismo oficial que pudiera sustituirle, tomando como referencia el mes de presentación de este escrito de solicitud. Los gastos extraordinarios que se generen deberán ser a cargo de ambos cónyuges por partes iguales.

Las cargas familiares consistentes en la hipoteca que grava la vivienda sita en Madrid en la CALLE000 n° NUM000 piso NUM001 - NUM002 copropiedad de los cónyuges, serán a cargo de ambos al cincuenta por ciento cada uno. Cantidad que deberá ser ingresada en la cuenta corriente afecta al pago de la citada hipoteca, la CUENTA Nómina u° NUM003 de la entidad ING DIRECT, en la última semana del mes anterior al pago y siempre con tiempo suficiente para evitar su impago.

5º.- Que en atención a los alegatos anteriormente enunciados y adjudicándosele la guarda y custodia de su hija menor, Laura, a mi representado el Sr. Ernesto , se atribuya como domicilio el uso y disfrute de la vivienda sita en la CALLE001 NUM004 , NUM005 , de Boadilla del Monte, a la hija de ambos hasta que cumpla 21 años de edad, quien vivirá en compañía de su padre. Los gastos de Comunidad de Propietarios, IBI y demás gastos ordinarios de la vivienda serán abonados en su totalidad por el Sr. Ernesto , toda vez que es quien detentará su uso, junto con su hija menor.

Subsidiariamente y para el supuesto de que la guarda y custodia de la hija menor le sea adjudicada a la Sra. Marí Luz , se atribuya como domicilio familiar el uso y disfrute de la vivienda en condominio de los cónyuges sita en Madrid CALLE000 NUM000 . NUM001 .. NUM002 , a la hija de ambos hasta que cumpla 21 años de edad quien vivirá en compañía de su madre. Los gastos de Comunidad de Propietarios, IBI y demás gastos ordinarios de la vivienda de la CALLE000 n° NUM000 , NUM001 - NUM002 , de Madrid, serán abonados en su totalidad por la Sra. Marí Luz , toda vez que es la que detentará su uso, junto con su hija menor.



En cuanto al ajuar doméstico existente en la vivienda sita en Boadilla del Monte, y rigiéndose el matrimonio bajo el régimen legal de separación absoluta de bienes, se distribuyan entre ambos cónyuges previo inventario del mismo.

6º.- Con expresa condena en costas a la parte demandada en el supuesto de que se opusiera a la presente demanda".

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

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes para la celebración del correspondiente juicio verbal que tuvo lugar en el día y hora señalado, acordándose el recibimiento a prueba, y practicándose la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Móstoles dictó Sentencia, con fecha 11 de septiembre y con la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda formulada por la representación de D^a Marí Luz contra D. Ernesto , debo acordar y acuerdo la disolución del matrimonio por divorcio de los expresados, con todos los efectos legales inherentes, y en especial, los siguientes:

1º.- La hija menor de edad quedará en compañía y bajo la custodia de D^a Marí Luz , si bien la patria potestad continuará ejerciéndose de modo conjunto por ambos padres.

2º.- Se reconoce el derecho a visitarles, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, en los términos y en la forma que acuerden ambos padres, procurando el mayor beneficio de los hijos; y en caso de desacuerdo, y como mínimo, este derecho comprenderá los siguientes extremos: tener consigo a la hija menor las tardes de los viernes desde las 17:00 horas de la tarde hasta las 19:30 horas. Asimismo disfrutará de la compañía de la menor los viernes y sábados alternos desde las 11:00 horas de la mañana hasta las 19:00 horas de la tarde.

Cuando la menor cumpla la edad de TRES años el padre podrá tener consigo a la hija menor los fines de semana alternos, desde las 17:00 horas del viernes hasta las 20:00 horas del domingo; la mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa y Navidad; y un mes de vacaciones en el período de verano, correspondiéndole la 1 de las mitades mencionadas al padre en los años impares y la 2ª mitad a la madre. En los años pares la 1 mitad corresponderá a la madre y la 2 al padre; así como el derecho de visita, en términos razonables, en caso de enfermedad de los hijos, en el domicilio de éstos.

Las entregas y recogidas de la hija menor de edad se realizarán a través del punto de encuentro más próximo al del domicilio de la menor.

3º.- En concepto de pensión alimenticia, D. Ernesto abonará a D^a Marí Luz en la cantidad de 375 euros mensuales por su hija menor de edad, por meses anticipados, en doce mensualidades al año, y dentro de los primeros cinco días de cada mes, a partir del mes de Octubre. Dicha cantidad será actualizada con efectos de 1º de enero de cada año, con arreglo al porcentaje de variación de las retribuciones fijas del obligado al pago, o en su defecto, de acuerdo con la variación experimentada por el índice general de precios de consumo, establecido por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya. Igualmente sufragará D. Ernesto la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de la hija menor, tales como operaciones quirúrgicas, largas enfermedades, y análogos, previa notificación del hecho que motiva el gasto, y el importe del mismo, para su aprobación, y en caso de no ser aceptado, resolverá el Juzgado.

4º.- La vivienda familiar actual sita en la CALLE001 nº NUM004 portal NUM006 , NUM005 de la localidad de Boadilla del Monte, quedará en uso y disfrute de la hija menor de edad, en compañía de D^a Marí Luz , pudiendo el otro progenitor retirar sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario, tanto de lo que permanece en la vivienda, como de lo que extraiga el que la abandona.

El uso de dicho domicilio se otorga de forma temporal a la Sra. Marí Luz , hasta el momento en que se rescinda el contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la demandante y demandado, sita en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Madrid, en concreto en el mes de Marzo de 2011 o en el momento en el que desalojen la citada finca los actuales inquilinos si dicho desalojo se produce con anterioridad a la finalización legal del contrato. En este supuesto la Sra. Marí Luz habrá de ocupar como vivienda habitual la situada en la CALLE000 nº NUM000 , propiedad de ambas partes, debiendo abandonar inmediatamente la vivienda propiedad de los padres del demandado.

5º.- Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial y de la sociedad de gananciales, cuya liquidación podrá llevarse a cabo en ejecución de sentencia, si así lo solicita alguna de las partes; quedando suspendida la sociedad de gananciales hasta que se produzca la firmeza de esta sentencia o se liquide voluntariamente por las partes.



6º.- No procede realizar pronunciamiento expreso sobre la pensión compensatoria.

7º.- No se hace expreso pronunciamiento en costas".

La representación de D. Ernesto , presentó escrito solicitando aclaración de Sentencia, dictándose con fecha 15 de octubre de 2007, auto que contiene la parte dispositiva del tenor literal siguiente: "SE RECTIFICA la SENTENCIA de fecha 11 de septiembre de 2007, en el punto 2º del Fallo de la misma, en el sentido de que donde dice: "Asimismo disfrutará de la compañía de la menor los viernes y sábados alternos desde las 11:00 horas de la mañana hasta las 19:00 horas de la tarde", debe decir "Asimismo disfrutará de la compañía de la menor los sábados y domingos alternos desde las 11:00 horas de la mañana hasta las 19:00 horas de la tarde".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a. Marí Luz . Sustanciada la apelación, la Sección 24ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Sentencia, con fecha 26 de marzo de 2009 , con el siguiente fallo: "Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DOÑA Marí Luz representada por el Procurador DON ALBERTO PEREZ AMBITE; contra la sentencia de fecha 15 de octubre de 2007, aclarada por auto de fecha 11 de septiembre de 2007; del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Móstoles; dictada en el proceso de divorcio número 8/07 ; seguido con DON Ernesto , representado por el Procurador DON JOSÉ ANTONIO VICENTE-ARCHE RODRÍGUEZ debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresada resolución en el sentido de ser lo procedente eliminar de la sentencia apelada la referencia a la disolución de los gananciales; y eliminar la referencia en el uso del domicilio familiar a otro o cualquier piso que no reúna esta condición; pues solo es domicilio familiar el de la CALLE001 nº NUM004 , portal NUM006 , NUM005 de Boadilla del Monte; y con la duración indicada en esta resolución y marca la ley; confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D. Ernesto , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado, y dicha parte, representada por el Procurador D. José Antonio Vicente-Arche Rodríguez, lo interpuso ante dicha Sala, articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- Se interpone al amparo de lo dispuesto en el nº 3 del apartado 2 del art. 447 LEC , denunciando la errónea aplicación del art. 96.1 del Código Civil .

Por resolución de fecha 25 de mayo de 2009, 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. Alberto Pérez Ambite, en nombre y representación de D^a. Marí Luz , concepto de parte recurrida, al tiempo que D. José Antonio Vicente-Arche Rodríguez en nombre y representación de D. Ernesto , se personó en concepto de parte recurrente. Admitido el recurso por auto de fecha 27 de abril de 2010 y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Alberto Pérez Ambite, en nombre y representación de D^a Marí Luz , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito solicitando la estimación del recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el 22 de septiembre de dos mil once, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. Encarnacion Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º D^a Marí Luz y D. Ernesto contrajeron matrimonio en 2004. Pactaron el régimen de separación de bienes. El 24 junio 2006 nació la única hija del matrimonio, Laura. La esposa presentó demanda de separación. El marido, la de divorcio, acumulándose ambas demandas.

2º En el momento de presentarse la demanda, el matrimonio y su hija vivían en un piso situado en Bobadilla, del que eran propietarios en un 67% los padres de su esposo y en un 33% el propio esposo. Se ha probado que los padres propietarios habían cedido al hijo la vivienda en precario.

3º Los cónyuges habían comprado por mitad un piso en una urbanización en Madrid, que en el momento de la crisis matrimonial estaba arrendado a un tercero, contrato cuya vigencia finalizaba en marzo de 2011, aunque al parecer había sido ya desalojado durante el procedimiento.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Móstoles, de 11 septiembre 2007 , decretó el divorcio. La vivienda familiar, único objeto del recurso de casación, se adjudicó a la madre como progenitor custodio de la



hija, con el siguiente razonamiento: "Es por ello que se va a conceder de forma temporal el uso del domicilio familiar a la Sra. Marí Luz , hasta el momento en que se rescinda el contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la demandante y del demandado, en concreto el mes de marzo de 2011. si bien, si cualquiera de las partes consigue que los arrendatarios desalojen la vivienda con anterioridad al mes de marzo de 2011, la Sra. Marí Luz habrá de abandonar el domicilio de los padres del Sr. Ernesto , y utilizará como domicilio familiar para convivir con su hija menor de edad, el piso situado en la CALLE000 nº NUM000 " .

5º Recurrió en apelación D^a Marí Luz . La SAP Madrid, sección 24, de 26 marzo 2009 , estimó en parte el recurso. Consideró que procedía estimar el motivo relativo al uso del domicilio familiar situado en Bobadilla del Monte y, por tanto, que se había atribuido correctamente a la hija y a su madre. Debía, por consiguiente, "[...] anular en la sentencia recurrida la alusión al piso de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid como piso a ocupar en el futuro al ser tema que se escapa al ámbito de la Familia; pues, en esta esfera, y en aplicación del Art. 96 CC solo cabe conceder el uso del que fuera domicilio familiar a favor del interés de protección preferente y su duración será, sin perjuicio de los derechos dominicales del dueño, hasta que termine la formación integral del hijo (Art. 142 CC) y hasta que consiga independencia económica (Art. 93 CC)".

6º Recurre en casación D. Ernesto , al amparo del Art. 477, 2.3 LEC , por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. El recurso fue admitido por auto de esta Sala de 27 abril 2010 .

Figura la oposición de la parte recurrida.

El escrito del Ministerio Fiscal apoya el recurso.

SEGUNDO. *Motivo único.* Alega el recurrente la existencia de jurisprudencia contradictoria que recoge en cinco sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22, dos sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, así como sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla, Málaga y Guipúzkoa. Señala que las decisiones de las Audiencias Provinciales siguen tres criterios acerca de la interpretación del término "vivienda familiar" en aquellos casos en que existan más de una vivienda susceptible de ser adjudicadas a los menores. Dice que atendiendo a los criterios del Art. 3.1 CC, debe realizarse una aplicación del Art. 96 CC, interpretándolo de manera extensa. En el presente caso se ha perjudicado el interés del menor atribuyéndole una vivienda que es propiedad de los abuelos paternos.

El motivo se estima .

El presente recurso se formula por interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en el momento en que se formuló. Sin embargo, esta Sala ha ido estableciendo una doctrina en supuestos parecidos al que se plantea en el presente recurso de casación, a partir de la STS 1022/2005, de 26 diciembre . Ciertamente no se trata de casos iguales, sino de la doctrina que debe aplicarse en aquellos supuestos en que está involucrados dos elementos jurídicos, como son que la vivienda sea propiedad de terceros y que el menor pueda disponer de una vivienda adecuada.

TERCERO. En relación al primero de los problemas que surgen en el presente caso, es decir, el relativo al hecho probado de que la vivienda cuyo uso ha sido atribuido a la hija y a la madre que ejerce la custodia, pertenece en propiedad a los padres del marido y al propio marido, debe aplicarse la doctrina formulada en SSTS 859/2009, de 14 enero 2010 , 861/2009, de 18 enero 2010 del pleno de esta Sala, y reiterada en las SSTS 178/2011, de 18 marzo y 772/2011, de 22 noviembre , así como las de 474/2009 de 30 junio , 653/2009, de 22 octubre , 443/2010, de 14 julio , 727/2010, de 11 noviembre y 772/2010 de 22 noviembre .

Tal como afirma la STS 178/2011, de 18 marzo " B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la Sala de 18 de enero de 2010 [RC n.º 1994/2005], la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios."

De acuerdo con esta reiterada doctrina, la atribución de la vivienda que vienen ocupando la hija del matrimonio y su madre que ostenta la guarda y custodia, corre el riesgo de resultar inútil, puesto que sus propietarios pueden recuperarla mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que están legitimados por la inexistencia de contrato con la ocupante de la misma. Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda.

CUARTO. El segundo elemento que debe examinarse en este caso es el relativo a si el interés del menor queda protegido con la atribución de una vivienda propiedad de sus padres en lugar de la vivienda, propiedad de sus



abuelos y de su padre, en la que vive en la actualidad, al haberle sido atribuida en virtud del Art. 96.1 CC en la sentencia ahora recurrida.

La STS 191/2011, de 29 marzo, dictada en un caso en que la madre que ostentaba la guarda, había pasado a habitar con su hija una casa propia y el progenitor propietario pedía la devolución, dijo que "[...] cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar, por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, [...] 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. [...] La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC.

Esta doctrina debe aplicarse al presente caso y más cuando la vivienda que debe atribuirse a la menor pertenece a ambos progenitores.

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. Una solución parecida, aunque referida al caso en que los cónyuges sean titulares de más de una residencia, aparece recogida en el art. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sea 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 CDFaragones).

QUINTO. La Sala pronuncia la siguiente doctrina jurisprudencial: 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.

SEXTO. La estimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Ernesto contra la SAP de Madrid, sección 24, de 26 marzo 2009.

Se casa y anula en parte la sentencia recurrida y en su lugar se repone la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Móstoles, de 11 septiembre 2007, en aquello relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar.

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

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

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Ernesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24ª, de 26 marzo 2009, dictada en el rollo de apelación nº 1372/2008.

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida.

3º Se repone el punto 4º del fallo de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Móstoles, de 11 septiembre 2007, que dice: " 4º.- La vivienda familiar actual sita en la CALLE001 nº NUM004 portal NUM006, NUM005 de la localidad de Boadilla del Monte, quedará en uso y disfrute de la hija menor de edad, en compañía de D. Marí Luz, pudiendo el otro progenitor retirar sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario, tanto de lo que permanece en la vivienda, como de lo que extraiga el que la abandona.

El uso de dicho domicilio se otorga de forma temporal a la Sra. Marí Luz, hasta el momento en que se rescinda el contrato de arrendamiento de la vivienda propiedad de la demandante y demandado, sita en la CALLE000 nº NUM000 de la localidad de Madrid, en concreto en el mes de Marzo de 2011 o en el momento en el que desalojen la citada finca los actuales inquilinos si dicho desalojo se produce con anterioridad a la finalización legal del contrato. En este supuesto la Sra. Marí Luz habrá de ocupar como vivienda habitual la situada en la CALLE000



n° NUM000 , propiedad de ambas partes, debiendo abandonar inmediatamente la vivienda propiedad de los padres del demandado.

4º Se mantiene el fallo de la sentencia recurrida en aquello que no esté afectado por la presente resolución, incluido el pronunciamiento sobre las costas.

5º Se dicta la siguiente doctrina: 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.

6º No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes 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 .- **Juan Antonio Xiol Ríos.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. 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.