



Roj: **STS 3732/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3732**

Id Cendoj: **28079110012017100541**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/10/2017**

Nº de Recurso: **1687/2016**

Nº de Resolución: **563/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 17 de octubre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, como consecuencia del proceso de custodia y alimentos de menor n.º 156/2014, seguidos ante el Juzgado de Violencia sobre la mujer n.º uno de Huelva, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Raimunda, representada ante esta Sala por la procuradora de los Tribunales doña María Martínez López; siendo parte recurrida don Justiniano, representado por el procurador de los Tribunales don Luis M.ª Carreras de Egaña. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.º-** La procuradora doña María Martínez López, en nombre y representación de doña Raimunda, interpuso demanda sobre adopción de medidas definitivas sobre guarda y custodia y alimentos de menor de unión no matrimonial, contra don Justiniano, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«acordando la adopción de las medidas sobre guarda y custodia y alimentos sobre la menor Zaira solicitadas en el hecho cuarto de este escrito.

Son las siguientes:

»El régimen de visitas que se propone a favor del Padre, por quedar la hija en convivencia con la madre, es el siguiente:

»El Padre tendrá a la hija consigo los fines de semana alternos, desde las 16 horas del viernes hasta las 9 horas del lunes, que deberá reintegrarla al colegio o guardería.

»El Padre tendrá consigo a la hija, martes y jueves, desde las 16 horas, hasta las 20 horas.

»El Padre tendrá a la hija la mitad de los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano, en la siguiente forma:

»Semana Santa.- Se proponen dos períodos. uno desde el inicio de las vacaciones escolares hasta las 20 horas del miércoles Santo y otro, desde las 20 horas del indicado día hasta las 20 horas del Domingo de Resurrección, por el padre tendrá derecho a elegir uno de los períodos en la forma que más adelante se dirá.

»Verano. - El período vacacional de verano, por quincena los meses de julio y agosto, períodos sucesivos y alternativos para cada progenitor, así como la última semana de junio y primera de septiembre. El calendario será el siguiente.

»ULTIMA SEMANA DE JUNIO.- Desde las 10 horas del lunes a las 20 horas del domingo.



»PRIMERA QUINCENA DE JULIO.- Desde las 20 horas del día 30 de junio, hasta las 20 horas del día 15 de julio.

»SEGUNDA QUINCENA DE JULIO.- Desde las 20 horas del día 15 de julio, hasta las 20 horas del día 31 de julio.

»PRIMERA QUINCENA DE AGOSTO.- Desde las 20 horas del 31 de julio, hasta las 20 horas del día 15 de agosto.

»SEGUNDA QUINCENA DE AGOSTO.- Desde las 20 horas del día 15 de agosto, hasta las 20 horas del día 31 de agosto.

»PRIMERA SEMANA DE SEPTIEMBRE. Desde las 20 horas del 31 de agosto, hasta las 20 horas del domingo de la primera semana de agosto.

»Navidad.- El periodo vacacional de navidad se divide en dos, uno desde el inicio de las vacaciones escolares hasta las 20 horas del día 30 de diciembre, y otro, desde las 20 horas de dicho día hasta las 20 horas del día de Reyes. En cuanto a la elección de los períodos los años pares elegirá el Padre y los impares la Madre.

»La entrega y recogida de la hija se hará en el domicilio materno».

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

**3.º-** El procurador don Alfonso Padilla de la Corte, en nombre y representación de don Justiniano , 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:

«a) Se atribuya la custodia de la menor hija de la pareja, Zaira , a su madre, doña Raimunda , manteniendo ambos progenitores la patria potestad compartida.

»b) Se establezca el siguiente régimen de visitas a favor del progenitor no custodio:

»El padre estará con su hija desde el jueves a la salida del colegio hasta el lunes que dejará a la niña en el colegio y desde el miércoles a la salida del colegio hasta el viernes que la reintegrará al centro escolar, y así de forma sucesiva.

»En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad y semana santa, se dividirán en dos periodos de tiempo idénticos, y las vacaciones estivales que comprenden los meses de julio y agosto se dividirán por quincenas alternativas y sucesivas. En cuanto a los periodos de vacaciones, elegirá el padre los años pares y la madre los años impares.

»c) Se establezca con cargo al progenitor no custodio y a favor de su hija Zaira , una pensión de alimentos en cuantía de 150 euros mensuales, más la mitad de los gastos extraordinarios. Las pensión estará sometida a las actualizaciones del índice de precios al consumo que dije el Instituto Nacional de estadística u organismo que lo sustituyere tomando de referencia la anualidad anterior desde la fecha de sentencia.

»d) No procede hacer atribución de uso en exclusiva de la vivienda sita en Huelva, CALLE000 , nº NUM000 , NUM001 , a la actora y la hija común».

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º uno de Huelva, dictó sentencia con fecha 28 de enero de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda de guarda y custodia instada por la Procuradora Sra. Martínez López en nombre y representación de Raimunda contra Justiniano representado por el Procurador Sr. Padilla de la Corte, con la intervención del Ministerio Fiscal, acordando las medidas que se recogen en la fundamentación jurídica de la presente resolución. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas. La presente resolución es susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Huelva ( artículos 455 y siguientes de la LEC ).

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Justiniano . La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, dictó sentencia con fecha uno de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«ESTIMAR en parte el recurso interpuesto por Don Justiniano contra la sentencia dictada el día 28 de Enero del año 2015 en el asunto a que se refiere el rollo de Sala por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Violencia sobre la mujer número 1 de Huelva, REVOCÁNDOLA PARCIALMENTE para no atribuir el uso exclusivo de la vivienda familiar sita en CALLE000 , NUM002 de Huelva a la hija menor Zaira en compañía de su madre doña Raimunda , por constituir el domicilio del padre D. Justiniano en compañía tanto de su otra hija



Victoria , como de Zaira cuando su régimen de estancias con una y otra se lo permite, CONFIRMÁNDOLA en todos sus restantes pronunciamientos, y sin especial imposición de las costas de esta segunda instancia a ninguna de las partes.

»Remítanse las actuaciones originales al Juzgado de su procedencia, con certificación de la presente y despacho para su cumplimiento y efectos oportunos».

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Raimunda , con apoyo en el siguiente: Motivo: Único.- Al amparo de lo dispuesto en el n.º 3 del apartado 2 del art 477 de la LEC por infracción del art. 96 del CC , al no atribuir el uso de la vivienda familiar a la hija menor de la demandante bajo cuya custodia a quedado, según resolución judicial, con cita de la STS de 28 de noviembre de 2014 y otras.

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 19 de abril de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Luis Carreras de Egaña, en nombre y representación de don Justiniano , presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se atribuya a la vivienda familiar sita en la CALLE000 n.º NUM000 a la hija menor Zaira y a su progenitora custodia Raimunda .

**SÉPTIMO.** - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de septiembre de 2017, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Doña Raimunda formuló demanda de adopción de medidas definitivas en las que, entre otras, solicitó se le atribuyera el uso de la vivienda familiar, CALLE000 n.º NUM000 , como progenitora custodia de su hija menor Zaira , nacida el NUM003 de 2008, debiendo abandonarla el padre, Don Justiniano . Dice doña Raimunda que durante los aproximadamente ocho años que han convivido como pareja en dicho domicilio ha formado parte de la familia, en los periodos que le correspondía, otra hija que el demandado tuvo de una unión anterior, la cual mantiene una estrecha relación con ella y con su hermana Zaira desde su nacimiento.

La oposición a esta medida por parte el demandado viene determinada por el perjuicio que la misma produciría a su otra hija menor, Victoria , nacida el NUM004 de 2000, fruto de una relación anterior, por ser el de esta hija el interés más necesitado de protección, y porque la vivienda es propiedad de sus padres, disponiendo doña Raimunda de otra vivienda adecuada a sus necesidades, también propiedad familiar.

La sentencia del juzgado dice que no se ha desplegado prueba suficiente de que el padre viva con la hija habida de la primera relación - Victoria -, y que está probado que la guarda y custodia se ha atribuido judicialmente a la madre, y no se ha cambiado.

Recurrida la sentencia en apelación por el padre, la Audiencia Provincial revocó esta medida de uso de la vivienda en el sentido de no atribuirlo a la hija Zaira y a su madre, por constituir el domicilio del padre en compañía de su hija Victoria .

Dice lo siguiente:

«(...) este tribunal entiende que la vivienda que se debate se encuentra ubicada en la misma zona de Huelva capital en la que se encuentra aquella otra vivienda que constituía el domicilio de la demandante antes de iniciarse la convivencia con el demandado, CALLE001 , propiedad familiar, y de la que no niega pueda utilizarla, ni pone razones para considerarla inadecuada, estando el núcleo residencial con suficiente dotación de servicios y que satisface las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad, como ocurre con la vivienda que se debate ubicada en la CALLE000 . De modo que el uso de la vivienda que era familiar no tiene más sentido que se conceda a dicha parte, porque no se aprecia en ello un interés familiar preferente y necesitado de mayor protección (...)».

También añade lo siguiente:

(...) Este tribunal aprecia razones suficientes para no atribuir el uso de la vivienda que fue familiar a la parte demandante. Por las circunstancias de la situación, más que por el carácter ajeno del bien, unido a los actuales parámetros familiares de uno y otro progenitor, advertimos que dicha atribución del uso viene a entorpecer el desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ellas, en cuanto que si el uso del bien



inmueble se atribuye a la menor Zaira se vería desplazada del mismo la otra hija menor del padre D. Justiniano , Victoria , hermana de Zaira y desfavorecidas ambas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común (...) ».

**SEGUNDO.-** Doña Raimunda formula recurso de casación que desarrolla en un único motivo, por infracción del artículo 96 del Código Civil , al no atribuir la sentencia el uso de la vivienda a la hija menor común de las partes bajo cuya custodia ha quedado, lo que se opone la jurisprudencia de esta sala establecida en las sentencias de 28 de noviembre de 2014 , que a su vez cita las de 17 de junio y 17 de octubre de 2013 .

Se desestima.

La sentencia 660/2014, de 28 de noviembre recuerda, y como tal reitera, que es doctrina de esta sala que:

«la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC ». Esta doctrina ha sido aplicada en sentencias anteriores, como la 236/2011, de 14 abril , 257/2012, de 26 abril y 499/2012 de 13 de julio .

Reitera también, con cita de la sentencia 426/2013, de 17 de junio que:

«El interés del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un status sino similar si parecido al que disfrutaba hasta ese momento y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros».

Lo que pretende el artículo 96 del CC al atribuir la vivienda al progenitor con quien los hijos conviven es evitar que a la separación de los padres que amenaza su bienestar se sume la pérdida de la vivienda en la que han convivido hasta el momento de la ruptura de sus padres con evidente repercusión en su crecimiento, desarrollo y nivel de relaciones.

Y no se infringe por lo siguiente:

1.- El artículo 96 del Código Civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que se adapte a estas nuevas realidades. La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96, es correcta: solo en caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido una convivencia estable.

2.- Es cierto que el padre de Victoria no tiene atribuida la custodia de esta hija, hermana de vínculo sencillo de Zaira , que no es parte en este litigio. Es, sin embargo, hecho probado de la sentencia que la vivienda litigiosa ha constituido la residencia familiar estable de ambas niñas, su lugar de encuentro, durante periodos amplios, pese a no ser propiedad de ninguno de los progenitores, lo que ha permitido no solo una efectiva comunicación entre las hermanas de vínculo sencillo, sino cumplimentar una de las indicaciones en las que el Código Civil objetiva el interés del menor: procurar «no separar a los hermanos» (artículo 92.5 ).

Que las hijas sean de progenitoras distintas no debe dar lugar a que esta unión entre ambas quede desfavorecida mediante la atribución del uso a la parte recurrente a través del párrafo 1.º del artículo 96 del Código Civil , por ser la progenitora en cuya compañía queda la hija. No haciéndolo, se consigue mantener el encuentro entre Victoria y Zaira en la vivienda que fue de las dos puesto que si el uso se atribuye a Zaira y su madre, bajo cuya custodia queda, se vería desplazada la otra hija menor del padre y «desfavorecidas ambas en sus necesidades de convivencia con el progenitor que tienen en común», lo que no es conforme con el interés familiar preferente y necesitado de mayor protección al entorpecer «el desarrollo vital común de las hijas, custodia y comunicación entre ellas» en los periodos de convivencia con el padre.

3.- Hay, además, otras circunstancias que impiden esta atribución del uso. Con reiteración ha dicho esta Sala que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, 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. Otro, 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 ( sentencias 671/2012, de 5 de noviembre , 426/2013, de 17 de junio ).

4.- Existe en este caso otra vivienda en la misma zona, que constituyó el domicilio de la recurrente antes de iniciarse la convivencia con el demandado, propiedad familiar, y de la que no niega que pueda utilizarla, ni opone razones para considerarla inadecuada; vivienda con «suficiente dotación de servicios y que satisface las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad, como ocurre con la vivienda que se debate ubicada en la CALLE000 . De modo que el uso de la vivienda que era familiar no tiene más sentido que se conceda a dicha parte, porque no se aprecia en ello un interés familiar preferente y necesitado de mayor protección».

5.- La sentencia 695/2011, de 10 de octubre estableció la doctrina siguiente: «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».

Pues bien, la vivienda que fue familiar de esta segunda relación es propiedad de los padres del demandado, por lo que atribuir su uso a la hija y a la 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...Ello perjudicaría a la menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda» ( sentencias 695/2011, de 10 de octubre ; 596/2015, de 30 de octubre , 279/2016, de 28 de abril ).

**TERCERO** .- Conclusión de lo que se expone: la sentencia ha valorado de una forma correcta el interés de las menores, que es lo que debe primar en este caso, y ha dado adecuada y justa repuesta a un problema complejo vinculado al uso de la vivienda familiar que, necesariamente, esta sala debe compartir,

Se desestima el recurso y se imponen las costas a la parte recurrente, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación formulado por Doña Raimunda , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva -Sección 3.<sup>a</sup>- de fecha 1 de marzo de 2016 ; con expresa imposición de las costas al recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.