



Roj: **STS 1021/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:1021**

Id Cendoj: **28079110012013100110**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2013**

Nº de Recurso: **864/2011**

Nº de Resolución: **193/2013**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a quince de Marzo de dos mil trece.

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 Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, como consecuencia de autos de juicio divorcio nº 347/2008, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número cuatro del Puerto de Santa María, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de don Jose Pedro , el procurador don Luciano Rosch Nadal. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Alejandro González Salinas, en nombre y representación de doña Piedad . Es parte el Ministerio Fiscal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** El procurador doña Pilar Guzmán López, en nombre y representación de don Jose Pedro interpuso demanda de juicio de divorcio, contra doña Piedad y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declare el divorcio de los esposos DON José Pedro y DOÑA Piedad , oficiándose al Registro Civil de Jerez de la Frontera para la anotación de su parte dispositiva en la inscripción del matrimonio, y se acuerden las siguientes medidas definitivas, que se podrán modificar si se alteraren sustancialmente las circunstancias:

1.- Atribución de la guarda y custodia de los hijos menores al esposo, con quién convivirán en el domicilio privativo de este. Siendo la patria potestad compartida por ambos progenitores.

2.- Fijación de un derecho de visitas a favor de la esposa como progenitor no custodio que comprenda, como mínimo, la tarde de dos días entre semana durante dos horas, fines de semana alternos desde al tarde del viernes a la tarde del domingo, así como las vacaciones escolares por mitad, y, que en caso de desacuerdo podrá elegir el primer o segundo periodo la madre los años pares y el padre los impares.

3.- Establecimiento de una pensión alimenticia a favor de los hijos y con cargo a la esposa del 40% de los ingresos líquidos mensuales que esta perciba y que hará efectivos dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente que el esposo designe al efecto.

Asimismo y sin perjuicio de lo anterior ambos progenitores contribuirán al 50% a sufragar los gastos extraordinarios de carácter necesario e ineludible que puedan suscitarse para atender al desarrollo integral de sus hijos.

No ha lugar a establecer pensión alguna por desequilibrio económico.

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



2.- La procurador doña Eva María Castro Sánchez, en nombre y representación de doña Piedad , 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 sin perjuicio de la resolución que se adopte en cuanto al Divorcio, al que. no nos oponemos, al cumplirse los requisitos del artículo 86 del Código Civil , se adopten los siguientes pronunciamientos:

1.- Atribución a la madre de la guarda y custodia de los tres hijos menores del matrimonio, siendo la patria potestad compartida.

2.- Fijación de pensión de alimentos para los hijos menores en la cantidad del 20% para cada uno de los hijos, de los ingresos que perciba el padre, pagaderos por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que a tal efecto designe la madre y que habrá de ser actualizada anualmente, según las variaciones que experimente el IPC que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle.

Con independencia de la cantidad fijada en concepto de pensión de alimentos, serán de cuenta del padre todos los gastos relativos al colegio privado "El Centro Inglés" donde actualmente están matriculados y cursan sus estudios los hijos comunes.

3.- Fijación de pensión compensatoria a. favor de la esposa en la cantidad del 10% de los ingresos que perciba el esposo.

4.- Fijación de un régimen de visitas del padre para con los menores consistente en:

Semanalmente martes y jueves desde las 18:00 horas a las 20:00 horas, sin que dicho régimen afecte al horario escolar y fines de semana alternos desde las 20 horas del sábado a las 20:00 horas del domingo, realizándose la entrega y recogida de los menores en el domicilio materno por persona distinta del padre.

Respecto de las vacaciones de verano, el padre podrá tener consigo a los menores por quincenas de tal manera que una quincena los niños permanezcan con el padre y otra con la madre y así sucesivamente.

Las vacaciones de Navidad se dividan por mitad entre ambos progenitores

Las vacaciones de Semana Santa se dividan igualmente por mitad.

5.- Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar sita en CALLE000 NUM000 de El Puerto de Santa María a la esposa y a los hijos.

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 4 El Puerto de Santa María, dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: 1º Con desestimación de la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Guzmán López, en nombre y representación de don Jose Pedro , y estimación parcial de las pretensiones del Ministerio Fiscal y de doña Piedad , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Eva María Castro Sánchez, debo acordar y acuerdo la disolución por causa de divorcio del Matrimonio formado por don Jose Pedro y doña Piedad y declaro como efectos inherentes a la presente resolución los siguientes:*

*- La atribución a la madre la guarda y custodia de los menores Blanca, Alvaro y Alba, siendo la patria potestad compartida entre los dos progenitores.*

*- Se establece como régimen de visitas el siguiente, el padre podrá tener consigo a los menores tres tardes en semana, desde la salida del colegio hasta las 20:30 horas, estableciéndose, caso no de no haber acuerdo entre los padres, que dichas tardes lo serán de los martes, miércoles y los jueves. El padre podrá tener consigo a los menores el primer y tercer fin de semana de cada mes, desde la salida del colegio del viernes a la entrada del colegio del lunes, y caso de ser festivo, del día lectivo hábil siguiente. La entrega de los menores en el domicilio materno, en tanto subsista medida por la que el padre no pueda aproximarse a la madre se efectuará a través de familiares paternos. Asimismo, el padre disfrutará, en compañía de los menores de la mitad de las vacaciones escolares (verano, Navidad y Semana Santa), correspondiéndole, caso no que no exista acuerdo entre los progenitores, el disfrute de la primera mitad. El progenitor no custodio podrá tener consigo a sus hijos, desde las 17 a las 18 horas del día de su cumpleaños y desde las 17 a las 20 horas del día de 6 de enero.*

*El padre podrá comunicar libremente con los menores, sin interferir en sus actividades escolares o extraescolares.*

*En concepto de alimentos, el padre habrá de abonar mensualmente el 40 % de los ingresos que por cualquier concepto perciba, con un mínimo de 600 euros mensuales, y un límite máximo de 1200, pagaderos por meses anticipados, dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta que a tal efecto designe la madre,*



actualizables anualmente conforme al IPC aprobado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya. Asimismo, deberá abonar el 50 % de los gastos extraordinarios, mientras sean menores de edad y aún después cuando no hayan terminado su formación por causa que no les sea imputable.

2º. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

3º. Una vez firme la presente resolución, remítase testimonio de la misma al Registro Civil de Jerez de la Frontera, para que se proceda, de oficio a la anotación marginal, en el asiento de inscripción del matrimonio de los cónyuges (tomo 135, folio 366, sección 2ª).

4º. Líbrese y únase certificación de esta resolución a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

5º. Notifíquese a las partes la presente resolución contra la cual cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial en el plazo de cinco días desde su notificación, en los términos previstos en los artículos 455 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, debiendo, quien lo inste, preparar el recurso en la forma prevista en el artículo 457 de la citada ley, así como prestar depósito previo a la interposición por importe de 50 euros.

Con fecha 13 de abril de 2020 se dictó auto de aclaración cuya parte dispositiva DICE: *Aclarando la sentencia dictada en los presente autos, se complementa el fallo en el sentido en el que "con estimación parcial de la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales doña Pilar Guzman López, en nombre y representación de don Jose Pedro, únicamente en cuanto a la declaración de divorcio de las partas, manteniendose invariable el resto de las resolución".*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Piedad, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Estimando parcialmente, como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOÑA Piedad contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2.010 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº4 de los de El Puerto de Santa María en los autos de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos revocar, y revocamos, el fallo de la misma en los únicos y exclusivos sentidos de: 1º) atribuir a la apelante y sus hijos el uso de la vivienda y ajuar familiar sita en la CALLE000 nº NUM000 de El Puerto de Santa María; 2º) Aclarar en cuanto al régimen de visitas que el progenitor que no tenga consigo a los menores el día sus respectivos cumpleaños (bien del cónyuge o bien del progenitor) podrá tener consigo a los hijos desde las 17 a las 18 horas, y la misma previsión se observará para el día de Reyes (seis de Enero); y 3º) establecer una pensión de alimentos mensual a favor de los tres hijos de 600 €; permaneciendo idénticos e invariables el resto de pronunciamientos que se contienen en dicho fallo, todo ello in hacer especial declaración en cuanto a las costas procesales del recurso.*

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso **recurso de casación** la representación procesal don Jose Pedro con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO**.- Infracción, aplicación e interpretación errónea, del art. 96 del Código Civil en relación con el 103.2. del mismo cuerpo legal, al ser el interés más necesitado de protección los menores, el que debe regir una decisión de atribución o cambio de domicilio.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 10 de julio de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Alejandro González Salinas, en nombre y representación de doña Piedad presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la desestimación del recurso formulado.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de marzo del 2013, 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 fundamenta en la infracción, por aplicación e interpretación errónea, del artículo 96 del Código Civil, en relación con el artículo 103.2 del mismo Texto, en lo que se refiere a la decisión de la sentencia de atribuir el uso del domicilio conyugal a la esposa e hijos menores pese a haber decidido poner fin a la convivencia conyugal el día 14 de mayo de 2007 y fijar su domicilio en una vivienda unifamiliar



de dos plantas y amplio jardín propiedad de su padre, que le fué cedida gratuitamente para ella y sus nietos, con vocación de permanencia.

**SEGUNDO.-** El recurso lo formula Jose Pedro por interés casacional, por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en el momento en que se formuló y sobre la que esta Sala ha ido estableciendo una doctrina en supuestos parecidos a partir de la STS 1022/2005, de 26 diciembre que tiene como sustento del interés dos elementos jurídicos fundamentales: uno, que la vivienda sea propiedad de terceros y, otra, que el menor pueda disponer de una vivienda adecuada; todo lo cual permite entrar a conocer del mismo, pese a la impugnación hecha por la parte recurrida, respecto de la correcta aportación de sentencias firmes de Audiencias Provinciales, que no resuelven sobre controversias sustancialmente iguales y sobre las que no se razona sobre la existencia de una identidad de supuestos con la sentencia recurrida que, en este caso, tiene que ver con el abandono de la casa por parte de la esposa e hijos mientras se daba respuesta judicial al problema que le impedía regresar, por aplicación del artículo 96 del CC, y no por circunstancias de otro tipo asociadas a situaciones generadoras de penurias económicas o desigualdades entre los esposos

**TERCERO.-** En orden a revisar en casación las conclusiones alcanzadas por la AP respecto a la atribución del uso de la vivienda del artículo 96 CC, debe recordarse que el interés sin duda prevalente de los menores demanda una vivienda adecuada a sus necesidades y que, conforme a la regla dispuesta en el artículo 96 del CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. El artículo 96.1, dice la sentencia del TS de 29 de marzo de 2011, presupone que este específico contenido de la potestad puede ser de difícil ejecución cuando se produce la separación de los progenitores y por ello y para evitar controversias entre ellos, la atribuye a los hijos y a quien ostenta su guarda y custodia, precisamente como titular de la obligación que le impone el artículo 154.2.1. Es cierto, como precisa la STS de 5 de noviembre 2012, 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 los hijos no precisen 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).

No ocurre así en el caso presente caso. La sentencia recurrida, en orden a proteger el interés de los menores bajo la custodia de su madre, asignó a los mismos el uso de la que fue vivienda familiar hasta la ruptura de la relación del matrimonio. Es cierto que durante el procedimiento los abuelos maternos les cedieron de forma totalmente gratuita y de favor el uso de una vivienda de su propiedad pero ello no indica sin más que pueda ponerse a su cargo una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden, además, hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, propiedad del esposo, que constituyó el domicilio conyugal y que no abandonaron de forma voluntaria, y menos aún con vocación de permanencia, sino " *habida cuenta las males relaciones entre los cónyuges que desembocarían posteriormente en procedimientos penales en alguno de los cuales se fija una orden de protección que incluye el alojamiento*". En definitiva, mantener a los hijos en la vivienda de sus abuelos supone consagrar una situación de precario que les ha permitido convivir durante la tramitación del procedimiento, sin necesidad de formular solicitud alguna en tramite de medidas provisionales, basadas en criterios de oportunidad distintos de los que protege el artículo 96 CC. La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura a los menores y esto no se produce desde el momento en que podrían ser desalojados en cualquier momento por la exclusiva voluntad del tercero propietario mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, a la que está legitimado por la inexistencia de contrato con la ocupante. Ello perjudicaría a los menores, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda.

**CUARTO.-** Se desestima el recurso y se imponen las costas a la recurrente, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

## FALLAMOS

Desestimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de don Jose Pedro, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 30 de diciembre de 2010, con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.



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. Roman Garcia Varela. 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ