



Roj: **STS 3371/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3371**

Id Cendoj: **28079110012017100494**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **92/2017**

Nº de Resolución: **524/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP AL 1159/2016,**  
**STS 3371/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 27 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de Modificación de Medidas n.º 205/13, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vera (Almería); cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Eutimio, representado ante esta sala por el Procurador de los Tribunales don Ignacio Requejo García de Mateo; siendo parte recurrida doña Macarena, representada por el Procurador de los Tribunales don Carmelo Olmos Gómez. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO. 1.-** La representación procesal de don Eutimio, interpuso demanda contenciosa de modificación de medidas contra doña Macarena, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«... estableciendo la guarda y custodia compartida del hijo del matrimonio, (por periodos semanales y visitas de dos tardes a la semana para el progenitor que en ese momento no ostente la guarda y custodia que en caso de desacuerdo será la de los martes y jueves de 14:00 a 21:00 horas) manteniendo el resto de los pronunciamientos del convenio regulador aprobado en virtud de sentencia firme de divorcio.»

**2.-** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada y al Ministerio Fiscal que se personó y contestó la misma.

**2.1.-** La representación procesal de doña Macarena contestó asimismo la demanda, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que,

«...se dicte en su día sentencia por la cual se desestime íntegramente la demanda, declarando no haber lugar a la modificación de medias solicitada de contrario, confirmando las que en su día se adoptaron por Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2012 en los autos de Divorcio mutuo acuerdo 890/2012 dictada por este Juzgado las cuales se contienen en el convenio regulador, firmado en su día por las partes, con imposición de las costas a la parte demandante...»

Al tiempo, la demandada formulaba reconvenición, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado:



«... dicte en su día Sentencia por la que se estime íntegramente la presente reconvencción, acordando en su virtud la modificación de la medida contenida en la sentencia de divorcio de fecha 12 de NOVIEMBRE DE 2012 la cual viene a aprobar el convenio regulador firmado por ambos cónyuges el cual consta en autos y del que trae causa este procedimiento, en el término de atribuir el uso de la vivienda familiar sita en CALLE000 N° NUM000 , caseta NUM001 , buzón NUM002 , de La Portilla de Cuevas del Almanzora, a mi representada Doña Macarena y en beneficio del menor habido en el matrimonio, así mismo se solicita la interposición de las costas a la demandada, si se opusiera a esta demanda reconvenccional y sus peticiones se vieran desestimadas.»

**2.2.-** Dado traslado de la reconvencción a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que,

«... dicte en su día sentencia por la cual se desestime íntegramente la demanda reconvenccional, declarando no haber lugar a la modificación de medidas solicitada de contrario, confirmando en cuanto al uso y disfrute de la vivienda propiedad de mi representado las que en su día se adoptaron por Sentencia de fecha 12 de noviembre de 2012 en los autos de Divorcio mutuo acuerdo 890/2012.»

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vera, dictó sentencia con fecha 10 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que DESESTIMANDO la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Dª Marta Luisa Baena Extremera en nombre y representación de D. Eutimio contra Dª Macarena ABSUELVO a Dª Macarena de las pretensiones formuladas contra ella.

»Asimismo DESESTIMANDO la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Martínez Ruiz en nombre y representación de Dª Macarena y ABSUELVO a D. Eutimio de las pretensiones formuladas contra el mismo.

»Todo ello sin especial pronunciamiento en costas.»

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la demanda, y sustanciada la alzada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2016 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 10 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado Mixto nº 2 de Vera en el Procedimiento de Modificación de Medidas nº 205 de 2013 , revocamos la referida resolución en lo relativo al uso de la vivienda familiar situada en la CALLE000 nº NUM000 , caseta NUM001 , buzón NUM002 de la Portilla de Cuevas de Almanzora, que se atribuye a Macarena . Se confirma en lo restante.

»Sin expresa mención a las costas de esta alzada.»

**TERCERO.-** El procurador don José Miguel Fuentes Gómez, en nombre y representación de don Eutimio , interpuso de casación, que se fundamenta en la infracción del artículo 96 CC y de la jurisprudencia de esta sala.

**CUARTO.-** Dado traslado del recurso a la parte recurrida, doña Macarena se opuso a su estimación, mediante escrito que presentó en su nombre el procurador don Carmelo Olmos Gómez, apoyando la estimación parcial del recurso el Ministerio Fiscal.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 13 de septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vera (Almería), Autos 890/12, se tramitó divorcio de mutuo acuerdo por los cónyuges don Eutimio y doña Macarena , al que se acompañó convenio regulador fechado el 22 de mayo de 2012, en el que se atribuyó el uso del que fue domicilio familiar a don Eutimio , el cual se adjudicó en propiedad la vivienda en la disolución de la sociedad de gananciales pactada, asumiendo el pago del resto de préstamo hipotecario pendiente. El Convenio fue aprobado por la sentencia de divorcio de fecha 12 de noviembre de 2012 .

Don Eutimio presentó demanda de modificación de medidas el día 16 de enero de 2013, solicitando que se sustituyera la guarda y custodia del hijo menor, Juan Alberto , establecida a favor de la madre, por la guarda y custodia compartida. Dicha pretensión fue desestimada y dicha desestimación resultó consentida por el demandante.



La demandada formuló reconvencción interesando que, por cambio de circunstancias consistente en el incumplimiento por parte del esposo de un compromiso de ayuda económica para el alquiler de vivienda y el despido de la esposa de su puesto de trabajo además de haber adquirido una vivienda por la que ha quedado sujeta al pago de una hipoteca, se atribuyera al hijo menor y a ella, como guardadora, el uso de la vivienda ya propiedad del esposo que había sido domicilio familiar.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vera (Almería) dictó sentencia de 10 de marzo de 2015, rechazando las pretensiones de la demanda y de la reconvencción.

La Sra. Macarena interpuso recurso de apelación, el cual fue estimado por la Audiencia Provincial de Almería que atribuyó el uso de la vivienda familiar al menor y a su madre. La Audiencia considera modificación de las circunstancias en cuanto que la demandada perdió el empleo que tenía, por lo que resulta previsible que no pueda hacer frente a la hipoteca y debe atenderse al «favor filii».

El Sr. Eutimio interpone frente a dicha sentencia recurso de casación al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC, por interés casacional derivado de la oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

**SEGUNDO.-** El primero de los motivos se formula por infracción de lo dispuesto por el artículo 96 CC, en relación con las sentencias -cuya doctrina consideraba infringida- 671/2012, recurso 2050/2011, de 5 de noviembre de 2012; 193/2013, recurso 864/2011 de 15 de marzo de 2013; 5/2015, recurso 2178/2013, de 16 de enero de 2015 y 284/2016, recurso 129/2015, de 3 de mayo de 2016.

El recurrente argumenta que no procede la atribución de la vivienda que ha efectuado la sentencia recurrida, cuyo uso y propiedad le fueron atribuidos en exclusiva por liquidación de la sociedad de gananciales; vivienda en cuyo uso cesó doña Macarena, la cual adquirió y es propietaria de otra vivienda en la que reside con el menor y que reúne todos los requisitos para cubrir sus necesidades. Argumenta que el artículo 96 CC se aplica en defecto de acuerdo aprobado por el juez y en el presente caso hubo convenio y ya no hay vivienda familiar. Invoca en el desarrollo argumental de este motivo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que recoge la sentencia 284/2016, recurso 129/2015, de 3 de mayo de 2016.

El motivo segundo se formula por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en cuanto se accede a una modificación de medidas teniendo en cuenta un posible hecho futuro, sin que por tanto concurren los requisitos que exige la doctrina jurisprudencial para ello.

Se plantea así la posible pérdida del carácter familiar de la vivienda, cuyo uso se atribuyó al progenitor por el convenio aprobado en la sentencia de divorcio, en la cual dejaron de vivir la madre y el hijo común de acuerdo con lo pactado. Sobre ello, se cita como más reciente de las sentencias dictadas por esta sala la 284/2016, recurso 129/2015, de 3 de mayo de 2016. En dicha sentencia se dice lo siguiente:

« La sentencia de 5 de noviembre 2012, que reiteran las de 15 de marzo de 2013 y 16 de enero 2015, declara lo siguiente: El interés sin duda prevalente de la menor 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. Ocurre que, en principio, la situación del grupo familiar no es la misma antes que después de la separación o divorcio de los progenitores, especialmente para las economías más débiles que se dividen y, particularmente, cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio. Por ello el artículo 96.1 del CC atribuye el derecho de uso a la hija menor, incluido en el de alimentos que forma el contenido de la patria potestad, según dispone el artículo 154. 2.1ª del CC. 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. Ahora bien, 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. 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 ). En el presente caso se dan los dos supuestos pues *la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación*. La sentencia recupera el carácter familiar de la vivienda que dejó de serlo por voluntad de los interesados, y ello contradice la jurisprudencia de



esta Sala. La atribución del uso a la menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, como dicen las sentencias de 29 de marzo y 10 de octubre de 2011, y esta tutela de los intereses del menor, siempre prevalentes, se procuró en su momento y se mantiene en la actualidad; actualidad que es ajena a las vicisitudes posteriores desde el momento en que dejó de tener el carácter al que la norma asocia el uso».

De lo anterior no cabe deducir que los progenitores, en este caso el padre, pueda desentenderse de las necesidades de habitación del hijo menor, pero ello habrá de ser planteado en el ámbito del derecho a alimentos ( artículos 142 y ss. CC ) y no como atribución posterior del uso de una vivienda que, habiendo sido familiar, perdió tal condición.

**TERCERO.**- Estimado el recurso, no procede imposición de las costas causadas por el mismo ( artículos 394 y 398 LEC ) con devolución del depósito constituido para su interposición. Procede imponer a la demandada doña Macarena las costas causadas por su recurso de apelación.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º**- Estimar el recurso de casación interpuesto en nombre de don Eutimio contra la sentencia dictada el día 1 de septiembre de 2016 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación n.º 80/2016 . **2.º**- Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, confirmar la dictada en primera instancia. **3.º**- No hacer especial declaración sobre costas causadas por el presente recurso, con devolución del depósito constituido al recurrente. Se imponen a doña Macarena las costas causadas por su recurso de apelación. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.