EDJ 2018/7404 STS Sala 1ª de 14/02/2018

# Tribunal Supremo Sala 1ª, 14/02/2018, nº 79/2018, rec. 1630/2017

Pte: Arroyo Fiestas, Francisco Javier

ÍNDICE

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- Dña. Marí Juana, representada por la procuradora Dña. María del Carmen Aldaz Antía y bajo la dirección del letrado D. Alberto Echevarría Ortiz, interpuso demanda de juicio de familia para adopción de medidas paternofiliales contra D. Simón y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la cual se adopten las medidas paternofiliales previstas en el fundamento de derecho VII.».

Y el fundamento de derecho 7.º, es del tenor literal siguiente:

«VII. -ADOPCIÓN MEDIDAS PATERNOFILIALES QUE SE PROPONEN.

»A continuación se proponen las siguientes medidas que deberán regular las relaciones paternofiliales:

»1) Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas.

»La patria potestad de la menor será compartida por ambos progenitores, correspondiendo la guarda y custodia a Doña Marí Juana.

»2) Atribución del uso de la vivienda, del ajuar doméstico y del régimen de visitas.

»Puesto que se ha solicitado la guarda y custodia a favor de Doña Marí Juana, se atribuye el ajuar doméstico y el uso del domicilio familiar sito en c) DIRECCION000, NUM000, bloque NUM001, portal NUM002, NUM003 NUM004 de Castro Urdiales a mi representada.

»En relación al régimen de visitas a establecer a favor de D. Simón, se propone el siguiente:

»A).- En periodos no vacacionales u ordinarios el demandado podrá tener consigo a su hijo fines de semana alternos, desde las 20.00 horas del viernes hasta las 20.00 horas del domingo, con entrega y recogida del menor en el domicilio de la madre.

»B).-En periodos vacacionales de Semana Santa y Navidad, el padre podrá disfrutar de la compañía del menor durante la mitad de las mismas, escogiendo la madre los años impares y el padre los años pares, en caso de divergencia entre las partes.

»En relación a las vacaciones de Navidad, se entenderá por las mismas el periodo comprendido entre el 20 de diciembre y el 7 de enero, inclusive ambos.

»Respecto a las vacaciones de verano, el padre podrá disfrutar de la compañía de su hijo durante un mes dividido en dos periodos de quince días, no pudiendo ser los periodos consecutivos (los periodos de quince días deberán ser alternos entre la madre y el padre), eligiendo la madre en los años impares y el padre en los pares, en caso de desacuerdo. Se entenderá por vacaciones de verano los meses de Julio y Agosto.

»En las vacaciones de verano se suspenderá el régimen de visitas previsto en la letra A).

»D).- No obstante todo lo dispuesto en los apartados anteriores, dichos horarios, días y fechas podrían ser variados, posibilitándose al progenitor no custodio el visitar y relacionarse con su hijo en cualquier otro momento, previo acuerdo con el otro progenitor y con autorización de éste, llevándose siempre ello con la mayor cordura y flexibilidad y teniendo en cuenta constantemente el interés supremo del menor, evitando adoptar cualquier actitud que afecte al cariño y respeto del hijo hacia el otro progenitor.

»E).-El progenitor que se encuentre con el hijo permitirá y facilitará en todo momento la comunicación con el otro, siempre que no se produzca de forma caprichosa, injustificada o fuera de horas que pudieran considerarse normales para ello.

»F).-Cualquiera de los padres que traslade a la menor de un lugar conocido a otro desconocido o lejano en aquellos periodos en que éste se encuentre en su compañía, lo deberá comunicar previamente al otro y le dará también la dirección del sitio y el teléfono, si lo hubiere.

»G).-Asimismo, se quiere hacer constar que en caso de enfermedad del menor, cualquiera de los progenitores deberá comunicárselo al otro de inmediato, permitiendo visitarles en su domicilio y, en todo caso, considerar la opinión del otro en lo relativo a médicos, tratamientos, hospitales, etc.

»3) Contribución a la pensión de alimentos.

»El padre satisfará la cantidad de 125 euros mensuales en concepto de pensión de alimentos, cantidad que será actualizada anualmente en proporción a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística o cualquier otro organismo que en el futuro le sustituya o pudiera cumplir análoga misión.

»Citada cantidad será satisfecha por el demandado dentro de los cinco primeros días de cada mes en la siguiente cuenta bancaria titularidad de Dña. Marí Juana que se designe al efecto.

»Respecto a los gastos extraordinarios, deberán ser satisfechos a partes iguales por ambos progenitores, desglosándose de la siguiente forma:

»1. Los gastos médico-sanitarios tales como oftalmología, odontología, prótesis, implantes, gafas, etc, esto es, gastos médico-sanitarios, quirúrgicos y farmacéuticos no cubiertos por el sistema público de salud, ni por mutualidad o seguro médico alguno al que esté suscrito o cubra al menor.

»2. Gastos escolares tales como clases particulares, excursiones escolares, comedor, etc. que no sean cubiertos por el sistema público de enseñanza ni por las becas escolares concedidas al efecto».

2.- Admitida la demanda se dio traslado al Ministerio Fiscal y al demandado. El fiscal se personó en las actuaciones y contestó a la demanda con los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que consideró pertinentes interesando:

«Dictar sentencia ajustada a derecho y conforme a los hechos que resulten probados».

3.- El demandado D. Simón, representado por la procuradora Dña. Pilar Ibáñez Bezanilla y bajo la dirección letrada de Dña. Teresa Martínez Hernández, 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:

«Que desestimando las peticiones de la demanda, contenga los siguientes pronunciamientos:

»a) La patria potestad sobre Fabio, la seguirán ostentando ambos progenitores, debiendo comprometerse formal y solemnemente a facilitarse las relaciones paterno filiales con la debida flexibilidad, buscando siempre el interés del menor, actuando en todo momento bajo los postulados de la buena fe y en beneficio e interés del hijo.

»b) Otorgamiento de la guarda y custodia del menor Fabio a su madre Marí Juana.

»c) Se establezca a favor del Sr. Simón un régimen de visitas de su hijo Fabio consistente en:

»- Entre semana, el padre recogerá al menor los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 20:00 horas, hora en que deberá ser retornado al domicilio en que este conviva. En caso de que no haya colegio, el menor se recogerá a las 17:00 horas en el domicilio materno y será retornado a las 20:00 horas al mismo.

»- Se establece el derecho de visitas del padre en fines de semana alternas para lo cual el padre, recogerá al menor a la salida del colegio, o a las 17:00 horas si no lo hubiere, hasta las 20:00 horas del domingo, hora en que deberá ser retornado al domicilio en que se encuentren. Si el fin de semana coincide con un puente, se entenderá que dicho puente queda unido al fin de semana correspondiente.

»- Las vacaciones de verano (se consideran a este efecto todos los días no escolares), se repartirán por mitades, quedando interrumpidas las visitas del otro progenitor en este periodo.

»- Igualmente los progenitores establecerán, por mitades vacacionales, los días que pasarán con su hijo durante las vacaciones de Semana Santa y Navidades.

»- En caso de desacuerdo, la madre escogerá los años pares las mitades que estará con su hijo, escogiendo el padre los años impares.

»- Igualmente para el día del cumpleaños del menor y de los padres, el progenitor que no tenga ese día derecho de visitas, podrá gozar

de su compañía durante das horas, respetándose siempre el horario de entrega del niño de las 20:00 horas.

»d) Señalamiento en favor del hijo menor común Fabio de una pensión de alimentos por importe de 200 euros mensuales, habida cuenta de que no se le otorga el uso del domicilio que ha venido siendo familiar que está atribuido con anterioridad a Ariadna y Coral.

»Dicha cantidad será actualizada según las variaciones que el índice de precios al consumo experimente anualmente.

»Los gastos extraordinarios serán abonados por mitades e iguales partes por ambos progenitores, siempre que ambos hayan consentido en el mismo o este sea necesario».

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Castro Urdiales se dictó sentencia, con fecha 15 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimo parcialmente la demanda principal interpuesta por la procuradora de los tribunales Justa, en nombre y representación de Marí Juana frente a Simón y, en consecuencia, fijo las siguientes medidas definitivas:

»- La patria potestad se ejercitará por ambos progenitores conjuntamente.

»- Se atribuye a la madre la guarda y custodia del hijo menor Fabio, estableciéndose el siguiente régimen de visitas en favor del padre:

»Fines de semana alternos desde el viernes a las 20.00 h hasta el domingo a las 20.00 h, debiéndose hacer la entrega y recogida del menor en el domicilio donde resida éste.

»Las vacaciones de Navidad (del 20 de diciembre al 7 de enero ambos inclusive), Semana Santa y verano (julio y agosto) se dividirán por mitad entre ambos progenitores, debiendo elegir el período que corresponda a cada uno la madre en años impares y el padre en años pares.

»- Las vacaciones de verano se dividirán cada mes en dos períodos de quince días, no pudiendo ser los períodos consecutivos (los períodos de quince días deberán ser alternos entre la padre y la madre), suspendiéndose durante dichas vacaciones el régimen de visitas.

»- Se atribuye al Sr. Simón el domicilio familiar, fijándose un plazo de 3 meses desde la firmeza de la sentencia para el abandono de la vivienda por la Sra. Marí Juana.

»- Se fija una pensión de alimentos, en favor del menor Fabio, de 200 euros mensuales que deberá abonar el Sr. Simón en la cuenta designada al efecto, dentro de los 5 primeros días del mes y actualizarse cada año según el IPC. Los gastos extraordinarios serán abonados por el padre en un 60% y por la madre en un 40%, siendo necesario un acuerdo previo entre los progenitores y en su defecto autorización judicial.

»Todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander dictó sentencia, con fecha 1 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimamos el recurso de apelación formulado por la representación procesal de la Sra. Marí Juana, contra la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Castro-Urdiales, la que se confirma en su integridad, sin imposición de las costas de esta apelación».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Marí Juana se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción del art. 96 del Código Civil puesto que la sentencia recurrida concede el uso del domicilio al progenitor no custodio.

Motivo segundo.- Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del art. 96 del Código Civil. Vulneración de la jurisprudencia fijada en las STS de 1 de abril de 2011, 14 de abril de 2011, 21 de junio de 2011 y 18 de mayo de 2015.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 27 de septiembre de 2017, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Víctor Juan Requejo Rodríguez-Guisado, en nombre y representación de D. Simón, presentó escrito de oposición al mismo; al igual que el fiscal que impugna el recurso de casación e interesa la

confirmación de la resolución recurrida.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 31 de enero de 2018, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- .- Antecedentes.

Se presentó demanda de relaciones paternofiliales por D.ª Marí Juana respecto de su hijo menor Simón en la que solicitaba la guarda y custodia exclusiva del menor de 2 años de edad, con un régimen de visitas, la atribución del uso del domicilio familiar al hijo y a ella, y una pensión de alimentos a satisfacer por el padre de 125 euros. Hacía constar que el demandado había interpuesto una denuncia contra ella por presuntos malos tratos y amenazas a él y a su hija mayor, fruto de una relación anterior, tras lo cual y pese a rechazarse la orden de protección solicitada se acordaron las siguientes medidas civiles: guarda y custodia del menor a la madre con un régimen de visitas de fines de semana alternos sin pernocta hasta que no tenga domicilio conocido, un pensión de alimentos de 125 euros a cargo del padre, ya que la madre se encontraba en situación de desempleo cobrando un subsidio de 426 euros, el uso y disfrute del domicilio familiar y el mantenimiento de la guarda y custodia de las menores de 12 y 11 años de otra relación anterior que el padre tiene a su cargo.

Tras la contestación de la demanda en la que el padre se muestra conforme con todas las medidas solicitadas, elevando a 200 euros el importe de la pensión de alimentos para el caso de que se le atribuya a él, el uso y disfrute del domicilio familiar, la única cuestión controvertida se reduce al uso y disfrute del domicilio familiar que ambos piden.

En primera instancia se desestima la demanda, concediendo a la madre un plazo de 3 meses desde la firmeza de la sentencia para el abandono del domicilio y poder buscarse otro para residir en el mismo con su hijo menor. Para ello, atiende a los ingresos y cargas que cada uno debe asumir, entendiendo de la prueba practicada que el demandado se encuentra en peor situación, ya que tiene ingresos de 1300 o 1400 euros con 14 pagas pero abona el pago de la hipoteca que grava la vivienda en exclusiva, un alquiler de 450 euros por la nueva vivienda que se vio obligado a coger, asumiendo la guarda y custodia de dos menores de una anterior relación por sentencia de 23 de noviembre de 2012, mientras que la demandante, al dictarse sentencia, ganaba 1000 euros con un contrato temporal que cubría una baja pero solo tiene la guarda y custodia del menor y cuenta con apoyo familiar. Fija una pensión de alimentos de 200 euros y la contribución en un 60% por parte del demandado y un 40% por la demandante por lo que se refiere a los gastos extraordinarios.

En segunda instancia se desestimó el recurso de apelación de la demandante y se confirma la sentencia de primera instancia. Parte de que se trata de una vivienda privativa del demandado, gravada con una hipoteca cuya cuota de amortización asciende a 550 euros mensuales, por lo que siendo los ingresos mensuales del demandado de unos 1500 euros mensuales, el uso de la vivienda le es imprescindible para garantizar la convivencia, el cuidado y la manutención de otras dos hijas menores a su cargo habidas de una relación anterior y sobre las que ejerce la guarda y custodia exclusiva en virtud de sentencia de 23 de noviembre de 2012. A lo anterior añade que resulta acreditado, gracias a la prueba testifical practicada, que el demandado carece de medios económicos para acceder a otra vivienda junto con sus dos hijas, siendo precisa la ayuda de su familia cuando fue desalojado del inmueble de su propiedad por decisión judicial para sufragar los gastos de alquiler y los suministros.

Por la parte demandante se interpuso recurso de casación contra una sentencia dictada en un procedimiento de guarda, custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales contencioso, tramitado por razón de la materia, por lo que el cauce de acceso al recurso de casación es el previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC, que exige acreditar debidamente el interés casacional.

El recurso de casación se formula al amparo del art. 477.2.3.º LEC, por oposición a la doctrina de esta sala contenida en SSTS 221/2011 de 1 de abril, 282/2015 de 18 de mayo, 236/2011 de 14 de abril, 451/2011 de 21 de junio, consistente en que el uso de la vivienda familiar se atribuye al menor y al cónyuge en cuya compañía quede, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96 CC, que se considera infringido, en tanto en cuanto se limita temporalmente la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a un plazo de tres meses desde la firmeza de la sentencia, transcurrido el cual tiene que abandonar la vivienda pese a ostentar la guarda y custodia del menor. El recurso se estructura en dos motivos. En el motivo primero se alega la infracción del art. 96 CC al conceder la sentencia recurrida el uso de la vivienda al progenitor no custodio, pese a que ambos progenitores estuvieron de acuerdo en que la guarda y custodia del hijo de tres años la ostentara la madre. Añade que no debe ser óbice para adjudicar el uso de la vivienda a la recurrente el hecho de que el padre tenga la guarda y custodia de otras dos hijas menores de edad, fruto de una relación matrimonial anterior y que estas ya tuvieran concedido el uso y disfrute de la vivienda familiar, ya que estas tienen garantizado un techo en el que viven de alquiler junto a su padre, gracias a que su familia le ayuda a sufragar los gastos generados por el alquiler de la misma. En cambio, según alega la recurrente, ella no tiene otra vivienda en la que poder residir y si se la priva del uso del domicilio familiar, no puede asegurarse que pueda acceder a otra vivienda dado que su trabajo, por el que percibe 1000 euros, es temporal. En el motivo segundo se reitera la infracción del art. 96 CC y la

vulneración de la jurisprudencia fijada en las SSTS 221/2011 de 1 de abril, 282/2015 de 18 de mayo, 236/2011 de 14 de abril y 451/2011 de 21 de junio, que viene a establecer que el interés supremo a proteger es el del menor y que el art. 96 CC es una regla imperativa que no permite interpretaciones limitativas de su contenido.

La cuestión que se plantea es a quien debe atribuirse el uso y disfrute del domicilio familiar cuando hay hijos menores de diferentes relaciones y la guarda y custodia de los hijos nacidos de una relación anterior se le atribuye al padre que es el titular de la vivienda mientras que la guarda y custodia del nuevo hijo se atribuye a la madre que se ve privada del uso de la vivienda como consecuencia de lo anterior.

El Ministerio Fiscal, ante esta sala, interesó la desestimación del recurso y consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- .- Motivos primero y segundo.

1.- Motivo primero.- Infracción del art. 96 del Código Civil puesto que la sentencia recurrida concede el uso del domicilio al progenitor no custodio.

2.- Motivo segundo.- Infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en aplicación del art. 96 del Código Civil. Vulneración de la jurisprudencia fijada en las STS de 1 de abril de 2011, 14 de abril de 2011, 21 de junio de 2011 y 18 de mayo de 2015.

TERCERO.- .- Atribución de la vivienda familiar, cuando existen hijos de dos relaciones diferentes.

Se desestiman los motivos.

En el recurso se invoca doctrina jurisprudencial fundada en que el uso de la vivienda familiar se atribuye al menor y al cónyuge en cuya compañía quede, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96 CC.

Dicha doctrina jurisprudencial, debe declarar esta sala, que no guarda identidad de relación con el caso de autos, dado que en el presente nos encontramos con que el recurrido tiene dos hijas menores de edad de una relación anterior, de las que ostenta la custodia exclusiva y, al tiempo, tiene un hijo con la ahora recurrente.

Por tanto, no cabe una aplicación automática del art. 96 del C. Civil, a favor de la recurrente, pues si bien es cierto que tiene un hijo en común con el Sr. Simón, también lo es que éste tiene otras dos hijas menores bajo su custodia, unido a que la vivienda cuestionada es propiedad exclusiva del Sr. Simón.

En este sentido la sentencia 563/2017, de 17 de octubre, declaró:

«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».

En base a esta doctrina en la sentencia recurrida se atribuye la vivienda familiar al padre en base a los siguientes razonamientos:

«SEGUNDO.- La pretensión principal no puede prosperar; Se trata de una vivienda privativa del demandado, gravada con una hipoteca cuyo importe de amortización mensual asciende a 550 euros, por lo que, considerando igualmente que los ingresos mensuales del demandado ascienden al importe aproximado de 1.500 euros mensuales, con prorrata de pagas extra, el uso de la vivienda le es imprescindible para garantizar el cuidado y la manutención de otras dos hijas menores a su cargo, habidas de una anterior relación, y sobre las que ejerce la custodia en exclusiva en virtud de sentencia judicial de fecha 23 de noviembre del 2.012. En definitiva, la convivencia del padre con las dos menores también determina la procedente aplicación de la previsión contenida en el párrafo primero del art. 96 del CC, que se cita como infringido.

»La testifical practicada en la persona de la hermana del demandado corrobora su falta de capacidad económica para acceder, junto con sus dos hijas, a otra vivienda distinta, señalando que al producirse el dictado de la medida judicial provisional que desalojaba a su hermano del inmueble de su propiedad, la familia le ha tenido que prestar dinero para pagar el alquiler y los suministros.

»En cuanto a la propuesta de "convivencia compartida" de la actora con las hijas del demandado, resulta absolutamente inviable, ya que, en primer término, no mantiene ninguna relación de parentesco con estas menores que pueda justificar, por su parte, el ejercicio ordinario de unas funciones de guarda que le han sido atribuidas judicialmente al padre y, sobre todo, por resultar patente el manifiesto

deterioro de las relaciones personales de la actora con el demandado y sus dos hijas, hasta el punto haberse producido finalmente una grave conflicto familiar con trascendencia en el ámbito penal

»Teniendo en consideración la limitada capacidad económica del obligado al pago de los alimentos (1.500 euros mensuales aproximadamente) y las cargas familiares que sobre él pesan, se ha de rechazar igualmente la pretensión subsidiaria de incremento de la pensión alimenticia con destino al hijo común de los litigantes, por entender que la juzgadora de instancia ha aplicado adecuadamente el juicio de proporcionalidad al que se refiere el art. 146 del CC.

»Todo ello se entiende sin perjuicio de la posibilidad de instar un incremento de la indicada pensión, en el caso de que el demandado percibiera regularmente en el futuro los alimentos establecidos a cargo de su ex esposa (que constan impagados desde diciembre del 2.013), u otros ingresos complementarios, distintos».

Puesta en relación la doctrina de esta sala, en la sentencia transcrita con los razonamientos de la sentencia recurrida, se ha de constatar que se ha evaluado con ponderación y corrección cuál es el interés más necesitado de protección, habida cuenta del trabajo que cada progenitor desempeña y las cargas familiares y económicas que han de soportar, por lo que procede desestimar el recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 96 del C. Civil.

CUARTO.- Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente ( art. 398 LEC de 2000).

## FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Marí Juana, acogida al beneficio de justicia gratuita, representada por la procuradora del turno de oficio Dña. Ana Villa Ruano, contra sentencia de fecha 1 de marzo de 2017, apelación 13/2017, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Santander.

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente.

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.