



Roj: **STS 4226/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4226**

Id Cendoj: **28079110012024101058**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/07/2024**

Nº de Recurso: **2833/2023**

Nº de Resolución: **1039/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1.039/2024**

Fecha de sentencia: 22/07/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2833/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/07/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid. Sección 24.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2833/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 1039/2024**

Excma. Sra. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 22 de julio de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Isaac , representado por el procurador D. José María Rico Maesso, bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> María Rosa Lancho López, contra la sentencia n.º 500/2022, dictada el 21 de junio de 2022 por la Sección 24.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación



n.º 1136/2021, con origen en el juicio de divorcio n.º 28/2019, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 10 de Madrid.

Ha sido parte recurrida D.ª Raquel , representada por el procurador D. Ignacio Batlló Ripoll y bajo la dirección letrada de D. Julián Parro Conde.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. Por el procurador de los Tribunales D. Ignacio Batlló Ripoll, en nombre y representación de D.ª Raquel , se formuló demanda de divorcio contencioso contra D. Isaac , en la que solicitaba que seguido el procedimiento por sus trámites, con fundamento en los hechos y fundamentos de derecho que alegaba, se dictara sentencia por la que se declarase la disolución del matrimonio, acordando las medidas que interesaba.

2. La demanda se repartió inicialmente al Juzgado de Primera Instancia n.º 93 (Familia) de Madrid, posteriormente se remitió al Juzgado de Primera Instancia n.º 66 (Familia) que mediante auto de 14 de marzo de 2019 se inhibió del conocimiento del procedimiento, remitiendo las actuaciones al Decanato para su reparto al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer n.º 10 de Madrid, donde quedó registrado como divorcio contencioso n.º 28/2019. Por decreto de 25 de marzo de 2019 se acordó admitir a trámite la demanda de divorcio y como ya constaban en autos la contestación de la parte demandada y del Ministerio Fiscal, se acordó seguir el procedimiento por sus trámites.

3. Tras seguirse los trámites correspondientes el Magistrado del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 10 de Madrid dictó la sentencia n.º 42/2020, de 30 de diciembre de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

" ESTIMANDO EN PARTE la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Ignacio Batlló Ripoll en nombre y representación de D.ª Raquel , formulada contra D. Isaac , representado por el Procurador de los Tribunales D. José María Rico Maesso, DEBO DECLARAR Y DECLARO DISUELTO, POR DIVORCIO, el matrimonio de ambos cónyuges, adoptando como MEDIDAS DEFINITIVAS las siguientes:

"1ª. La DISOLUCIÓN POR DIVORCIO DEL MATRIMONIO de ambos cónyuges, contraído en Madrid, el 24 de septiembre de 2010.

"2º. La REVOCACIÓN DE LOS CONSENTIMIENTOS Y PODERES que cualquiera de los cónyuges hubiere otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, quedando DISUELTO EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL, que hasta la fecha venía rigiendo entre ambos cónyuges.

"3º.- Se otorga la GUARDA Y CUSTODIA de las hijas menores de edad del matrimonio, Tomasa y Vanesa , a su madre D.ª Raquel , determinándose que ambos progenitores continúen el EJERCICIO COMPARTIDO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL (Patria Potestad) que incluye la decisión conjunta y de común acuerdo sobre cualquier asunto de especial relevancia sobre la vida de sus hijas menores, tales como cambios de residencia, ámbito escolar, sanitario, educación religiosa, etc., en los términos referidos en los Fundamentos Jurídicos de esta resolución.

"4º.- Se atribuye a las hijas menores del matrimonio y a la actora, D.ª Raquel , el USO DE LA VIVIENDA Y AJUAR FAMILIARES que actualmente ocupan en Madrid, en la DIRECCION000 , debiendo asumir ésta a su exclusivo cargo, el pago de los servicios y suministros de la expresada vivienda.

"El padre podrá retirar de la vivienda familiar las ropas, útiles de trabajo, o enseres, exclusivamente personales, NO los de uso común de la familia, que tenga allí, en el plazo de los DIEZ días hábiles, a partir de la notificación de esta resolución, en caso de que no los hubiera retirado previamente.

"5º.- Se establece un RÉGIMEN DE VISITAS, COMUNICACIONES Y ESTANCIAS, en beneficio de las hijas menores, y en favor del padre, que será el siguiente:

"FINES DE SEMANA ALTERNOS, desde los VIERNES a la salida del colegio, o desde las 17 horas en período no escolar, hasta el LUNES a la hora de entrada de las hijas en el centro escolar, o a las 11 horas en períodos no



escolares, debiendo el padre recoger a las hijas en el propio colegio y reintegrarles en el mismo Centro Escolar, los lunes, o, en los días que no haya colegio, tanto recogerles como reintegrarles en el domicilio familiar.

"Si se diera la situación de puente o festivo, no lectivos, unido a un fin de semana, estarán las hijas con el progenitor que tenga asignado ese fin de semana, y se entregará a las hijas a la hora de entrada en el Centro Escolar, en el primer día lectivo después de dicho Puente.

"Días intersemanales: TODOS LOS MIÉRCOLES, de todas las semanas, CON PERNOCTA desde la hora de salida del Colegio de las menores hasta el JUEVES a la hora de entrada de las hijas en el centro escolar, o a las 11 horas en períodos no escolares, debiendo el padre recoger a las hijas en el propio colegio y reintegrarles en el mismo Centro Escolar, los lunes, o, en los días que no haya colegio, tanto recogerles como reintegrarles en el domicilio familiar.

"Días festivos o no lectivos intersemanales, se repartirán alternativamente entre ambos progenitores, comenzando a disfrutarlos el progenitor no custodio.

"VACACIONES: La mitad de las vacaciones escolares de Semana Santa, Verano y Navidad, correspondiendo al padre la elección del período los años pares y a la madre los impares, lo que deberán efectuar con una antelación mínima de un mes, ya que, en caso contrario, elegirá la otra parte.

"Las vacaciones de NAVIDAD comprenden un primer período desde las 12 horas del primer día de vacaciones, hasta las 12 horas del 31 de diciembre, y un segundo periodo desde las 12 horas del 31 de diciembre hasta las 20 horas del día 7 de enero de cada año, bajo el criterio de elección de los períodos por mutuo acuerdo de los progenitores, y en caso de desacuerdo, correspondiendo al padre la elección los años pares y a la madre los años impares.

"Las vacaciones de SEMANA SANTA se disfrutarán en dos períodos, el primero desde el primer día no lectivo a las 12 horas, hasta el Miércoles Santo a las 17 horas, y el segundo, desde ese Miércoles Santo a las 17 horas, hasta el día anterior al comienzo del nuevo trimestre escolar, a las 20 horas, correspondiendo la elección al padre los años pares y a la madre los años impares, salvo otro acuerdo en contrario entre ambos progenitores.

"Las vacaciones de VERANO se compartirán por mitad, por quincenas alternas, los meses de julio y agosto, según los siguientes períodos:

"a) Primer período desde el 1º de julio a las 11 horas hasta el 15 de julio a las 20 horas.

"b) Segundo período desde el 15 de julio a las 20 horas hasta el 31 de julio a las 20 horas

"c) Tercer período desde el 31 de julio a las 20 horas hasta el 15 de agosto a las 20 horas,

"d) Cuarto período desde el 15 de agosto a las 20 horas hasta el 31 de agosto a las 20 horas.

"bajo el criterio de elección de los períodos por mutuo acuerdo de los progenitores y en caso de desacuerdo, correspondiendo al padre la elección los años pares y a la madre los años impares.

"Los períodos elegidos, en caso de desacuerdo de las partes, deberán comunicarse entre los progenitores, como mínimo con un mes de antelación al período a disfrutar.

"El día de la madre, primer domingo de mayo, corresponderá a la madre desde las 11 hasta las 20 horas, aún cuando en aplicación del régimen ordinario dicho fin de semana estuviese atribuido al padre.

"El día del padre, 19 de marzo, tendrá derecho de visitas el padre desde las 11 hasta las 20 horas si fuese festivo, y en días de colegio desde la salida del centro hasta las 20 horas.

"El día de los cumpleaños de las hijas, y cada día de los cumpleaños de los progenitores y el día de REYES: ambos progenitores podrán disfrutar de la compañía de sus hijas. Si esos días fueran lectivos, el progenitor que no tenga a su cargo esos días a las hijas, podrá recogerles a la salida del colegio, y tenerlas en su compañía hasta las 20 horas, reintegrando a las hijas en el domicilio del otro progenitor. Si fueran festivo, permanecerán las hijas con el progenitor al que le corresponda la custodia ese día hasta las 14 horas, y podrán ser recogidos por el otro progenitor a dicha hora, y disfrutar de la compañía de sus hijas hasta las 20 horas, en que deberán ser reintegrados en el domicilio del otro progenitor.

"Comunicación: Ambos progenitores tendrán derecho a comunicarse con sus hijas durante los períodos de estancias y visitas con el otro progenitor, por vía telefónica, carta, correo electrónico, y cualesquiera otros medios, que se establezcan, siempre y cuando no alteren la rutina del/la/los menor/es, y para el caso de desacuerdo se establece que la comunicación, será telefónica, de 15 minutos diarios, en horario de 19:30 a 20 horas los días no festivos y en horario de 11 a 11.30 horas los días festivos, siendo responsabilidad de ambas partes procurar favorecer dicha comunicación.



"Traslados temporales dentro del territorio nacional: Cualquiera de los progenitores que traslade temporalmente a las hijas a un lugar distinto de su domicilio habitual, dentro del territorio nacional, lo comunicará al otro y le proporcionará el número de teléfono de contacto, si lo hubiere, y la dirección donde se encontrarán las hijas.

"Traslados temporales de las hijas fuera del territorio nacional: En cuanto a salidas de las hijas de España, incluido a países del Territorio Schengen, podrán efectuarse EXCLUSIVAMENTE previo acuerdo expreso de ambos progenitores, y, en caso de desacuerdo, será exigible la autorización judicial de tales salidas.

"En caso de enfermedad de las hijas, el progenitor con el que se encuentren, deberá comunicarlo inmediatamente al otro progenitor, permitiéndole visitar al/los hijo/s enfermo/s en su domicilio, previo aviso, y tomar de común acuerdo, las decisiones referentes a médicos, tratamientos, medicamentos, hospitales, etc..

"Las entregas en el domicilio familiar, se harán SIEMPRE, o PERSONALMENTE por el progenitor, o a través de TERCERA PERSONA, de la confianza de ambos progenitores, sobre la que habrán de ponerse de acuerdo.

"6º.- Se establece una PENSIÓN a abonar por el padre, por ALIMENTOS de sus hijas menores, por importe de QUINIENTOS EUROS (500) mensuales, a razón de 250 Euros por cada menor, con efectos de la fecha de interposición de la demanda, pagaderas en doce mensualidades, que habrá de ingresar por meses anticipados dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que al efecto designe la madre custodia, efectuándose la correspondiente al presente mes, en los cinco días siguientes a la notificación de esta resolución.

"Dicha cuantía se actualizará anualmente, cada primero de enero, siendo la próxima revisión el 1º de enero de 2022, en función de la variación que sufra el IPC, conjunto nacional, por los doce meses anteriores, de diciembre a diciembre, que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que pudiera sustituirle.

"7º.- Los GASTOS EXTRAORDINARIOS que pudieran generarse por razón de la educación, formación o atención sanitaria de las hijas comunes, o cualquier otro gasto que pueda afectar de modo importante al interés de las hijas menores de edad, serán satisfechos por ambos progenitores, por mitad e iguales partes, previo acuerdo sobre su necesidad y conveniencia, y siempre que tales gastos no estén cubiertos por los sistemas públicos de Sanidad y Educación.

"El progenitor que proyecte la realización del gasto deberá notificarlo de modo fehaciente al otro, recabando su consentimiento, que se entenderá prestado tácitamente si en el plazo de diez días naturales siguientes al requerimiento no mostrare de forma expresa y fehaciente su oposición.

"Si alguno de tales gastos hubiera de realizarse urgentemente de forma inexcusable, sin tiempo de obtener el acuerdo del otro progenitor, el que satisfaga la totalidad del gasto habrá de justificar documentalmente, con aportación de copia de factura o recibo, el importe satisfecho, a fin de que el otro progenitor liquide el porcentaje establecido del gasto correspondiente.

"8º.- Las cargas hipotecarias contratadas por ambos cónyuges para adquisición de la propiedad de un inmueble destinado a la vivienda familiar, constituye una deuda de la Sociedad de Gananciales, y NO CONSTITUYE CARGA del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los Arts. 90 y 91 del referido Código Civil, y deberán ser asumidas por ambos progenitores en el porcentaje que se haya fijado en el título del que derivan dichas cargas o en el título de adquisición.

"Las Cargas familiares que estén comprendidas en lo dispuesto en los Arts. 90 y 91 del referido Código Civil, deberán ser asumidas por los progenitores por mitad e iguales partes.

"9º.- No ha lugar a fijar Pensión Compensatoria para ninguno de los progenitores, al no haber sido expresamente solicitada por ninguno de ellos.

"10º.- No se hace expresa imposición de costas, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

"11º.- Una vez firme esta resolución, notifíquese de oficio al Registro Civil en que conste el matrimonio de los litigantes".

## **SEGUNDO.** *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por D. Isaac mediante escrito en el que solicitaba:

"[...]Que, tras los trámites oportunos, proceda a dictar resolución estimatoria de nuestra pretensión, y acuerde la revocación de la sentencia dictada en instancia, con relación a la guarda y custodia de los menores, declarando que la misma se atribuya en exclusiva al padre, don Isaac o subsidiariamente compartida a ambos



progenitores en la siguiente forma: cada 15 días en el domicilio familiar, teniendo que abandonar el progenitor con quien no esté el domicilio, comunicaciones todos los días por cualquier medio telefónico o tecnológico, en el horario comprendido entre las 19 horas y las 20 horas, pensión de alimentos, dado que ambos trabajan que cada uno se haga cargo de los gastos ordinarios, siendo los extraordinarios por mitad, régimen de visitas se pide que durante los periodos en que los menores estén con uno de los progenitores, el otro pueda tener el fin de semana a sus hijos desde las 19 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, así como las vacaciones de verano. Navidad y Semana Santa cada cónyuge podrá tener a sus hijos consigo la mitad de los periodos, debiendo ponerse de acuerdo y a falta de acuerdo, la madre puede elegir los años impares y el padre los pares. Todo ello con expresa imposición en costas a la adversa."

1.1 El Ministerio Fiscal impugnó el recurso de apelación y solicitó su desestimación y consiguiente confirmación de la resolución recurrida por estimarla plenamente ajustada a derecho.

1.2 La representación procesal de Raquel formuló oposición y solicitó la desestimación del recurso interpuesto, la confirmación de la sentencia apelada y la condena en costas a la parte contraria por la evidente mala fe en la interposición del recurso.

2. La resolución del recurso de apelación correspondió a la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid que lo tramitó con el número de rollo 1136/2021 y, tras seguirse los trámites correspondientes, dictó la sentencia n.º 500/2022, el 21 de junio de 2022, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLAMOS:

" Se estima el recurso de apelación interpuesto por Isaac frente a las medidas adoptadas en relación con las hijas menores en sentencia de divorcio de 30 de diciembre de 2020 del juzgado de violencia sobre la mujer nº 10 de Madrid, y en consecuencia se establecen las siguientes medidas definitivas:

"1.- Se otorga la Guarda y Custodia de las hijas menores de edad al padre, Isaac , con el ejercicio conjunto de la patria potestad.

"2.- Se establece el siguiente un régimen de visitas de la madre con las menores, que debe ser en presencia de familiar o persona designada por acuerdo de las partes: fines de semana alternos desde el viernes a la salida del centro escolar, o desde las 17 horas en periodo no escolar, hasta el domingo a las 20 horas. Los miércoles desde la salida del centro escolar hasta las 20 horas. Las vacaciones escolares por mitad, correspondiendo elegir, a falta de acuerdo, los años pares al padre y los impares a la madre. Ambos progenitores deberán favorecer las comunicaciones telefónicas diarias de las menores con el progenitor en cuya compañía no se encuentren. Todo esto sin perjuicio de que por acuerdo de ambos progenitores pueda ampliarse el régimen de estancias y visitas si se considera de interés para las menores, con la presencia del tercero indicada.

"La unidad familiar al completo (padre, madre e hijas) deben acudir a intervención al CAF, como recurso apropiado para trabajar las relaciones intrafamiliares, en aras de dotarles de estrategias para la resolución de conflictos y pautas educativas para una correcta atención a las menores en este proceso de adaptación a su nueva situación familiar.

"3.- No se fija pensión de alimentos a cargo de la madre.

"4.- Se atribuye a la madre el uso de la vivienda familiar".

Don Isaac solicitó la aclaración y rectificación de la sentencia en el siguiente sentido:

"[...]el por qué se otorga la vivienda familiar a la madre, progenitor no custodio, considerando que dicho concepto es oscuro, y por tanto se puede rectificar y aclarar el mismo, y se otorgue el uso de la vivienda familiar a las hijas menores y al progenitor custodio".

Conferido traslado al resto de las partes, por auto de 12 de enero de 2023 la sala acordó que no había lugar a la aclaración ni a la rectificación pretendida.

**TERCERO.** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. La representación de D.ª Raquel interpuso recurso extraordinario por infracción procesal contra la indicada sentencia.

2. La representación de D. Isaac interpuso recurso de casación fundamentado en un único motivo que introduce con el siguiente encabezamiento:

"[...]MOTIVO PRIMERO DE CASACIÓN. Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo al amparo del artículo 477.3 apartado primero LEC sobre requisitos y criterios adoptados para la atribución de la vivienda,





vulnerándose la misma y los artículos 91 y 96 del Código Civil, así como el principio de rogación, que no se aplica en los procesos matrimoniales respecto de aquellas medidas que el Juez debe acordar de oficio.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes, por providencia de fecha 31 de enero de 2024, se puso de manifiesto a las partes las posibles causas de inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal presentado por doña Raquel. Ambas partes efectuaron alegaciones que constan unidas a las actuaciones. El Ministerio Fiscal, emitió informe favorable a la inadmisión.

4. Por auto de 20 de marzo de 2024 se acordó inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por D.<sup>a</sup> Raquel y admitir el recurso de casación interpuesto por D. Isaac :

"[...]1.º) Admitir del recurso de casación interpuesto por don Isaac contra la sentencia dictada con fecha de 21 de junio de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 1136/2021, dimanante del juicio de divorcio n.º 28/2019, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 10 de Madrid.

"Y entréguense copias del escrito de interposición del recurso de casación, con en su caso, sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Y evacuado, dese traslado al Ministerio Fiscal, a los efectos oportunos.

"2º) Inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal presentado por doña Raquel contra la sentencia dictada con fecha de 21 de junio de 2022 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 1136/2021, dimanante del juicio de divorcio n.º 28/2019, del Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 10 de Madrid.

" Contra esta resolución no cabe recurso."

La representación de D.<sup>a</sup> Raquel presentó su escrito de oposición en tiempo y forma y, conferido traslado al Ministerio Fiscal, presentó escrito de fecha 22 de mayo de 2024 en el que con fundamento en las alegaciones que expone solicita la estimación del recurso de casación interpuesto.

3. Por providencia de 31 de mayo de 2024 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose posteriormente para la votación y fallo el día 3 de julio de 2024, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Resumen de antecedentes

1. La sentencia de primera instancia declaró disuelto por divorcio el matrimonio contraído por D. Raquel y D. Isaac y, por lo que ahora interesa, otorgó la guarda y custodia de sus hijas menores ( Tomasa y Vanesa ) a la madre y atribuyó a aquellas y a esta el uso de la vivienda familiar.

2. El Sr. Isaac interpuso un recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo estimó. En la sentencia de segunda instancia, el tribunal de apelación "[o] torga la Guarda y Custodia de las hijas menores de edad al padre [...]", pero "[m]antiene a la madre en el uso de la vivienda familiar", "dado que el apelante no insta que se le atribuya el uso, ni en su demanda ni en su recurso".

3. El Sr. Isaac solicitó la aclaración y rectificación de la sentencia de apelación. Pretendió que la Audiencia Provincial aclarara "[p]or qué atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre" y que rectificara la sentencia dictada "atribuyendo el uso de la vivienda familiar a las hijas menores y por tanto al progenitor custodio". Pero el tribunal de apelación acordó "No haber lugar a la aclaración ni a la rectificación pretendida [...]", "pues realmente se insta una modificación sustancial de la sentencia sobre el fondo del asunto, lo cual resulta vedado por el artículo 214 de la ley de enjuiciamiento civil, y no una verdadera rectificación de error material ni aclaración de concepto oscuro".

4. El Sr. Isaac ha interpuesto un recurso de casación, y el recurso ha sido admitido.

### SEGUNDO. Planteamiento del recurso de casación. Oposición de la recurrida. Apoyo del fiscal al recurso. Decisión de la sala

#### Planteamiento del recurso de casación.

1. El recurso de casación se funda en un motivo único en el que se denuncia la infracción de los arts. 91 y 96 CC y la vulneración por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial de esta sala (se citan las sentencias de 14 de enero de 2010, de 21 de mayo de 2012 y de 18 de enero y 8 de octubre de 2020), ya que "[s]i bien



se concede la guarda y custodia de las hijas menores al padre, lo cierto es que la vivienda se la concede a la madre, or (sic) no haberlo solicitado el padre ni en la contestación a la demanda ni en el Recurso de apelación."

El recurrente dice que "Se produce por tanto una infracción del artículo 96 del CC e interés casacional por cuanto la sentencia recurrida se opone a la jurisprudencia de la Sala en cuya virtud se haya pedido o no, el Juez de oficio debe declarar el uso de la vivienda familiar para el progenitor custodio."

#### *Alegaciones de la recurrida*

**2.** La recurrida se opone al recurso de casación. Dice que la decisión de la sentencia es "plenamente conforme a derecho". Alega que las circunstancias que rodearon la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre son: (i) la ausencia de solicitud por parte del padre en la instancia o en sede de apelación; (ii) las importantes diferencias en la capacidad económica de ambos progenitores; (iii) que el padre dispone de vivienda propia desde hace años sin que haya acreditado una merma relevante en su capacidad económica; (iv) que la madre no dispone de otras opciones habitacionales, tampoco para llevar a cabo las visitas; y (v) la convivencia de un lactante con la madre. Añade que "Las mismas razones que llevaron a la Ilma. Audiencia Provincial a decidir no imponer pensión alimenticia alguna a la madre deben ser tenidas en cuenta para atribuirle el uso del domicilio familiar, uso que no solo nunca fue requerido por el padre, sino que resulta evidente que no necesita ni ha necesitado durante todo este proceso."

#### *Apoyo del fiscal al recurso*

**3.** El fiscal apoya el recurso. Entiende que "no queda debidamente acreditado que se den las circunstancias necesarias para que no se atribuya a las hijas menores el uso de una vivienda en la que han venido residiendo desde muy corta edad y a la que hay que entender se encuentran adaptadas dado lo prolongado de esa residencia [...]". Dice, también, que valorados los ingresos del padre y teniendo en cuenta que no se han fijado alimentos a cargo de la madre y ni siquiera colaborará a ellos contribuyendo a su alojamiento, que la vivienda en la que residirán las menores no es en propiedad, sino de alquiler, y que, además, el padre debe afrontar el pago porcentual de la hipoteca que grava la vivienda familiar propiedad de los dos progenitores y parece ser, según manifiesta la madre en su demanda, dos préstamos personales, en esas condiciones no parece que la atribución de la vivienda a la madre, que la ocuparía junto a un hijo no común, sea de utilidad para salvaguardar los derechos de las menores en lo relativo a su bienestar económico.

#### *Decisión de la sala.*

**4.** La razón que esgrime el tribunal de apelación para mantener a la recurrida en el uso de la vivienda familiar, pese a otorgar al recurrente la guarda y custodia de las menores (que este no ha instado que se le atribuya el uso ni en la demanda ni en el recurso de apelación) no es correcta.

**5.** Como hemos recordado en la sentencia 279/2023, de 21 de febrero, con cita de la 25/2020, de 20 de enero, y de las posteriores que reproducen su doctrina (28/2021, de 25 de enero; 575/2021, de 26 de julio; 611/2021, de 20 de septiembre o 341/2022, de 3 de mayo):

"El principio de justicia rogada se suele identificar como la suma del principio dispositivo y del principio de aportación de parte y se configura legalmente como una exigencia para el tribunal en el art. 216 LEC, al decir:

"Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales.

"La manifestación última de estos principios en el proceso civil es la vinculación del órgano judicial a las peticiones formuladas por las partes, de manera que su decisión habrá de ser congruente con las mismas, sin que pueda otorgar cosa distinta a la solicitada, ni más de lo pedido, ni menos de lo resistido. Por ello, la sentencia 795/2010, de 29 de noviembre, recordó la correlación entre el principio de justicia rogada ( art. 216 LEC) y la congruencia de la sentencia ( art. 218.1 LEC)".

**6.** Ahora bien, como también hemos dicho en la sentencia 308/2022, de 19 de abril:

"[l]a atribución de la condición de primordial y superior al interés del menor, así como su significación como principio de orden público ( sentencias 258/2011, de 25 de abril; 823/2012, de 31 de enero de 2013; 569/2016, de 28 de septiembre; 251/2018, de 25 de abril y SSTC 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3 y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2), afecta a la regulación de los procedimientos en los que están comprometidos los derechos de los menores, permitiendo excepciones sobre los dos pilares fundamentales en los que se asienta el proceso civil, cuales son los principios de aportación de parte y dispositivo. De esta manera, se potencian las facultades de oficio de los titulares de la jurisdicción y las posibilidades procesales de las partes, lo que encuentra consagración normativa en los arts. 90.2 y 158 CC, 751, 752, 770. 4.ª II, 771.3, 778 bis 4, 778 quáter 8; 778 quinquies 7, de la LEC, entre otros.

"Pues bien, la vigencia de dicho principio, permite atemperar la rigidez de las normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros ( SSTC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2; 77/2018, de 5 de julio, FJ 2; 178/2020, de 14 de diciembre FJ 3), así como inspira y rige toda la actuación jurisdiccional, que se desarrolla en los procesos de familia, y que determina, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos bajo un criterio de flexibilidad procedimental ( STC 65/2016, de 11 de abril), quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado ( SSTC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4, así como 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3).

"[...]

"Como ejemplos de aplicación práctica de esta flexibilización procesal, contamos con la sentencia 304/2012, de 21 de mayo, ratificada por la ulterior 525/2017, de 27 de septiembre, que excepciona, en estos casos, el rigor del deber de estricta congruencia impuesto por el art. 218 LEC, al señalar que el juego de dicho interés superior conlleva a que "[...] no puede alegarse la incongruencia cuando las partes no hayan formulado una petición que afecta al interés del menor, que deberá ser decidida por el juez, en virtud de la naturaleza de ius cogens que tiene una parte de las normas sobre procedimientos matrimoniales, tal como puso de relieve en su día la STC 120/1984".

"[...]"

**7.** De lo que se trata en el caso es de la atribución del uso de la vivienda familiar, y esta cuestión no queda sometida al principio de rogación, ya que debe dilucidarse, con petición o sin ella, en beneficio e interés de las menores.

En este sentido hemos dicho en la sentencia 757/2024, de 29 de mayo, que:

"[I]a atribución de la vivienda familiar a los hijos comunes en los supuestos de guarda y custodia monoparental constituye una manifestación del principio favor filii".

Y, más recientemente, en la sentencia 808/2024, de 10 de junio, que:

"Conforme al art. 96.1 CC, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, la atribución de la vivienda familiar cuando existen hijos comunes menores de edad corresponde al cónyuge custodio e hijos que convivan con él, como manifestación del principio del interés superior de los menores. Nos pronunciamos en tal sentido, por ejemplo, en la sentencia 1153/2023, de 17 de julio, que cita como antecedentes la doctrina iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, posteriormente reiterada por otras muchas (241/2020, de 2 de junio, 351/2020, de 24 de junio y 861/2021, de 13 de diciembre, entre otras)".

**8.** Es más, lo que dispone el art. 96 CC es que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Y lo que declaramos en la sentencia 351/2020, de 24 de junio, es que:

"[e]sta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez [...]"

**9.** Si bien es cierto que en esa misma sentencia también dijimos, con cita de la sentencia de 17 de junio de 2013, 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."

**10.** La sentencia recurrida no fundamenta en ningún de dichos factores la atribución del uso de la vivienda a la recurrida. Por lo tanto, también desatiende en este aspecto nuestra doctrina.

**11.** Además, esos factores tampoco se pueden considerar concurrentes en el presente caso. El carácter familiar de la vivienda no ha sido controvertido. Y que el recurrente disponga de un piso en alquiler es un hecho que por sí solo no permite concluir que las menores no precisen la vivienda familiar por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios. En este sentido cabe observar, como el fiscal advierte con acierto: (i) que hay que presumir la adaptación de las menores a la vivienda familiar, ya que es la que han ocupado y en la que han residido desde muy corta edad; (ii) que, aunque el cambio de la vivienda familiar a la arrendada no aleja a las menores de su entorno social y escolar, se desconoce si en esta,





por sus características de habitabilidad, se cubren de igual manera las necesidades de aquellas en términos de espacio y comodidad; (iii) y que valorados los ingresos del padre y teniendo en cuenta que no se han fijado alimentos a cargo de la madre y ni siquiera colaborará a ellos contribuyendo a su alojamiento, que la vivienda en la que residirán las menores no es en propiedad sino de alquiler, y que, además, el padre debe afrontar el pago porcentual de la hipoteca que grava la vivienda familiar propiedad de los dos progenitores y parece ser, según manifiesta la madre en su demanda, dos préstamos personales, en esas condiciones no parece que la atribución de la vivienda a la madre, que la ocuparía junto a un hijo no común, sea de utilidad para salvaguardar los derechos de las menores en lo relativo a su bienestar económico.

**12.** En consecuencia, procede estimar el recurso por las razones expuestas, casar la sentencia, asumir la instancia y declarar que el uso de la vivienda familiar corresponde a las menores y al recurrente hasta que aquellas alcancen la mayoría de edad ( sentencia 808/2024, de 10 de junio, que cita a su vez la 138/2023, de 31 de enero).

#### **TERCERO.** *Costas y depósitos*

Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes y se dispone la devolución del depósito constituido para interponerlo ( art. 398.2 LEC y disposición adicional decimoquinta, apartado 8, LOPJ, respectivamente).

#### **FALLO**

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

**1.º-** Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Isaac contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, con el n.º 500/22, el 21 de junio de 2022, en el recurso de apelación n.º 1136/2021, y casarla únicamente para declarar que el uso de la vivienda familiar corresponde a las menores Tomasa y Vanesa y a D. Isaac hasta que aquellas alcancen la mayoría de edad.

**2.º-** No imponer a ninguno de los litigantes las costas del recurso de casación.

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.