



Roj: **STS 3322/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3322**

Id Cendoj: **28079110012023101151**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/07/2023**

Nº de Recurso: **8430/2022**

Nº de Resolución: **1153/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Alicante, Sección 6ª, 14-07-2022 (rec. 358/2022) ,
STS 3322/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.153/2023

Fecha de sentencia: 17/07/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 8430/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/07/2023

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE. SECCIÓN 6.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 8430/2022

Ponente: Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 002

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1153/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 17 de julio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Socorro , representado por el procurador del turno de oficio D. José Manuel Merino Bravo y bajo la dirección letrada de D.^a María Rocío Cumplido Burón, contra la sentencia n.º 196/2022, de 14 de julio, dictada por la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Alicante en el recurso de apelación n.º 358/2022, dimanante de las actuaciones sobre medidas de hijos extramatrimoniales n.º 904/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante. La parte recurrida no se ha personado ante esta sala. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D.^a Socorro interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Luis Enrique , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que, con expresa imposición de costas a la demandada, se declare:

"1. Que los hijos menores habidos de la relación "more uxorio", queden bajo la guarda y custodia de la madre, es decir, Doña Socorro . Sin perjuicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores.

"2. El establecimiento de un régimen de visitas a favor del padre de conformidad con lo interesado en el hecho quinto del presente escrito.

"3. El establecimiento de una pensión de alimentos a cargo de D. Luis Enrique de 500 euros por cada uno de sus hijos, en concepto de gastos ordinarios, así como la obligación de satisfacer la totalidad de los gastos derivados de la educación de sus hijos, y la mitad de los gastos extraordinarios.

"4. El establecimiento de una pensión a cargo de D. Luis Enrique a favor de Doña Socorro en la cantidad de 500 euros mensuales durante tres años".

2. La demanda fue presentada el 9 de septiembre de 2020 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante, fue registrada con el n.º 904/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y contestó a la demanda.

4. D. Luis Enrique contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba dicte en su día sentencia por la que:

"1.- Acuerde que la patria potestad de los hijos Filomena y Domingo se ejercerá de forma conjunta por sus dos progenitores.

"2.- La guarda y custodia: Pedimos que se establezca un sistema de reparto igualitario de tiempos de estancia de los progenitores con sus dos hijos debiendo establecerse, por lo tanto, *GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA*: Alternándose los tiempos de estancia con cada progenitor por periodos semanales, produciéndose la entrega los domingos a las 20:00 horas, en el domicilio del progenitor con el que hayan de quedar los menores en cada caso. El cómputo de estos periodos alternos se iniciará a las 20:00 horas del domingo correspondiente a la semana en que quede notificada esta sentencia a ambas partes a través de sus respectivas representaciones procesales, de tal manera que los menores permanecerán con la madre desde ese momento hasta las 20:00 horas del siguiente domingo, en que deberá entregarlos en el domicilio del padre; a las 20:00 horas del siguiente domingo el padre los devolverá al domicilio materno, y así sucesivamente. Cada una de las partes deberá informar a la otra, con antelación suficiente, de cualquier cambio de domicilio que pueda producirse.

"Durante las vacaciones escolares, las estancias de los hijos pasarán a ser las siguientes, comenzando todos los periodos a las 11:00h:

"a) Vacaciones de verano de julio y agosto: alternando por periodos de quince días con cada progenitor, siendo el primero desde las 11:00 h. del 1 de julio hasta las 11:00 h. de día 16 de julio, el segundo desde las 11:00 h. del 16 de julio hasta las 11:00 h. de día 31 de julio, el tercero la primera desde las 11:00 h. del 1 de agosto hasta las 11:00 h. de día 16 de agosto y el cuarto desde las 11:00 h. del 16 de agosto hasta las 11:00 h. de día 31 de agosto. Años pares elige el padre y años impares la madre.

"b) Navidad.- Años pares: del 24 al 30 de Diciembre con la madre, del 31 de diciembre al seis de enero con el padre. Los años impares al contrario.

"c) Semana Santa.- Años pares: de miércoles Santo a Lunes de Pascua con la madre, de martes de Pascua hasta el domingo siguiente con el padre. Los años impares a la inversa.



"El día del cumpleaños de la madre y el día de la madre, los menores lo pasarán con la madre; y el día del cumpleaños del padre y el día del padre, lo pasarán con el padre. Si estos días cayeran en día lectivo pasarán con el progenitor la tarde, desde las 17 a las 20 h.

"El día del cumpleaños de los menores lo pasaran en compañía de cada uno de sus padres de modo alternativo, correspondiendo a la madre el año 2021 y al padre el año 2022 así alternativamente. Si estos días cayeran en día lectivo estarán con el progenitor con el que le tocara cada año desde las 17 a las 20 h.

"En todo momento el progenitor (cualquiera de los dos) con el que se encuentren los menores, le permitirá y facilitará la comunicación telefónica y de cualquier otro tipo con el otro progenitor, respetando en todo caso los horarios considerados comúnmente como normales y ordinarios, de tal manera que dichas comunicaciones no perturben la actividad normal de las menores.

"3.- En los tiempos en los que los hijos pasen con cada uno de sus progenitores éstos se harán cargo de sus necesidades alimenticias, higiene, ropa y ocio.

"En este punto hemos de referirnos a los Arts. 142 y siguientes del Código Civil, en especial el Art. 146, pues los hijos no tienen unas necesidades especiales de ser alimentados (sino las generales de dos niños de su edad).

"En cuanto a los demás gastos ordinarios consideramos que lo más práctico es que ambas partes abran una cuenta corriente o libreta bancaria en la que se domicilien los mismos o con cargo a la cual se satisfagan los recibos correspondientes a gastos ordinarios de escolarización, matrículas, libros, uniformes, material escolar, seguro escolar, AMPA, mutua o entidades sanitarias, etc., debiendo contribuir ambos por igual a mantener el saldo de dicha cuenta en condiciones de hacer frente a tales pagos.

"En defecto de otros acuerdos entre los progenitores, deberán abonar cada uno de ellos la cantidad mensual de 150,00 €, que se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC, sin perjuicio de las liquidaciones, devoluciones y compensaciones que puedan efectuarse entre sí una vez que esos gastos hayan sido abonados. Si en algún momento faltase dinero en la cuenta para atender algún recibo relacionado con tales gastos, deberán ambos progenitores ingresar el 50% de lo que falte en cada momento.

"4.- Cada uno de los progenitores deberá hacerse cargo del 50% de los gastos extraordinarios devengados por la educación y crianza de sus hijos, considerándose como tales, entre otros, los gastos correspondientes a clases extraordinarias, cursos o clases de refuerzo o perfeccionamiento, los gastos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, los gastos farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social, siempre que tengan contenido médico, ortodoncias, gafas, prótesis, etc., y cualquiera otros imprevisibles y necesarios o convenientes para la adecuada atención de los hijos. Estos gastos deberán acreditarse suficientemente y ser decididos conjuntamente por ambos progenitores o autorizados judicialmente en caso de discrepancia, en todo caso con carácter previo a su adopción, salvo en caso de urgente necesidad.

"En caso de que una parte no autorice el gasto, si la otra lo lleva a cabo asumirá el coste íntegro del mismo.

"5.- El uso de la vivienda familiar sita en la C/ DIRECCION000 n.º NUM000 .º de Alicante: Solicitamos que se adjudique al padre y a los hijos con los que convivirá.

"6.- Se declare que no existe la obligación de fijar pensión por desequilibrio económico a favor de ninguna de las partes.

"7.- Se declare que los padres no podrán viajar al extranjero con los hijos menores sin la autorización del otro progenitor.

"8.- Todo ello con expresa condena en costas del demandado, para el caso de que se opusiera a estas pretensiones".

5. Junto con este escrito de contestación D. Luis Enrique interpuso demanda reconvenional fundamentada en el art. 406 LEC y solicitó se dictara sentencia que establezca que:

" Socorro deberá abonar en concepto de pensión de alimentos a favor de su hijo Roman la cantidad de 150,00 € mensuales, pagaderos por la Sra. Socorro en la cuenta que el padre designe por meses anticipados, del 1 al 5 de cada mes, siendo actualizada anualmente conforme a las variaciones al alza que el IPC experimente".

6. D.^a Socorro contestó a la reconvenición solicitando la desestimación de la misma "al carecer de legitimación activa el progenitor, dado que el hijo mayor de edad no convive con él o en su caso, acordar la improcedencia de una pensión de alimentos respecto a Roman , al ser persona independiente, todo ello con expresa imposición de costas a la parte reconveniente".

7. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante dictó sentencia de fecha 20 de diciembre de 2021, con el siguiente fallo:



"Estimar parcialmente la demanda presentada por el/la procurador/a don/doña Rosario Marcos Filiu, en nombre y representación de Socorro , contra don Luis Enrique , teniéndose por desistido al mismo de la demanda reconvenional interpuesta frente a doña Socorro , por lo que:

"1°) Se aprueban las siguientes medidas definitivas:

"PRIMERA- EJERCICIO CONJUNTO DE LA PATRIA POTESTAD.

"El ejercido de la patria potestad sobre los menores Filomena (NUM001 /07) y Domingo (NUM002 /16) Domingo será conjunto por ambos progenitores.

"El ejercicio conjunto de la patria potestad implica la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso y social.

"Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo o, actividades extraescolares a realizar; en la autorización de cualquier intervención quirúrgica, tratamiento-médico no banal o tratamiento psicológico, tanto si entraña algún gasto como si está cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento del menor; en la decisión sobre la realización o no de un acto religioso o social relevante, así como en el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontrara el menor en el momento de ser realizado; en el cambio de domicilio, siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas vigente; y en la autorización para la salida del territorio nacional.

"En este sentido, el traslado del domicilio de los menores al extranjero, decidido unilateralmente por un solo progenitor, supondrá un traslado o una retención ilícita, a los efectos de aplicación del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores, hecho el 25 de octubre de 1980, y del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

"En defecto de acuerdo sobre cuestiones propias de la patria potestad, la decisión deberá someterse a la autoridad judicial correspondiente, promoviendo un expediente de jurisdicción voluntaria, por desacuerdo en el ejercicio conjunto de la patria potestad, conforme, a las previsiones del art.156 C.C. y art. 13-22 y 85- 86 L.J.V., no siendo preceptiva la intervención de abogado ni de procurador para promover y actuar en este expediente, por lo que se podrá utilizar el modelo normalizado de solicitud de expediente de jurisdicción voluntaria (art.14.3 L.J.V.), publicado en el B.O.E. n.º 24 de 28 de enero de 2016. Sección III.

"No obstante, el progenitor que se encuentre en compañía de sus hijos podrá adoptar decisiones respecto a los mismos; sin previa consulta al otro progenitor, en los casos en que exista una situación de urgencia o se trate de cuestiones poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.

"Ambos progenitores tienen el deber de informarse, mutuamente, de todas las cuestiones relevantes que afecten a sus hijos, siempre que el conocimiento de aquéllas no lo pueda obtener por sí mismo el progenitor que no esté en compañía de los menores en el momento en que las mismas se produzcan (por ejemplo, enfermedad), lo que no sucede en el caso de cuestiones escolares, extraescolares o médicas ordinarias, entre otras, en las que los profesionales que se ocupan de los menores tienen la obligación de suministrar tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre sus hijos, por ser ambos titulares de la patria potestad.

"SEGUNDA- RÉGIMEN DE GUARDA Y CUSTODIA EXCLUSIVA.

"Los menores Filomena y Domingo quedarán bajo la guarda y custodia exclusiva de su madre, doña Socorro .

"TERCERA- RÉGIMEN DE VISITAS

"Sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar los progenitores en aras al desarrollo de un régimen de visitas amplio y flexible, el régimen de visitas mínimo establecido a favor del padre, don Luis Enrique ,

"1.º Durante la semana (entre lunes y viernes lectivos):

"- Miércoles, desde la salida del colegio/instituto hasta las 20:00 horas.

"La recogida de los menores deberá efectuarse por el padre o persona de confianza en quien delegue en el colegio/instituto, restituyendo a los menores al domicilio materno.

"Las visitas intrasemanales quedarán suspendidas durante los "puentes" y períodos vacacionales.

"2.º Fines de semana alternos:



"Desde el viernes a la salida del colegio/instituto hasta el lunes a la entrada al colegio/instituto. En el caso de que ese viernes o el lunes siguiente sea festivo o formen parte de un "puente" escolar, el día festivo o el "puente" quedará integrado en el fin de semana, siendo disfrutado por el progenitor no custodio.

"La entrega y recogida de los menores deberá efectuarse por el padre o persona de confianza en quien delegue en el colegio/instituto.

"Las visitas de fin de semana quedarán suspendidas durante los períodos vacacionales, correspondiéndole el disfrute del fin de semana inmediatamente posterior a la finalización del periodo vacacional al progenitor que no le hubiese correspondido, el disfrute de la última parte del periodo vacacional de que se trate.

"3.º Mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa (desde las 20:00 horas del último día lectivo hasta las 20:00 horas del último día no lectivo):

"Los periodos vacacionales escolares se dividen en dos mitades. La primera mitad se inicia, a las 20:00. horas del último día lectivo y finaliza a las 20:00 horas de aquel día que posibilite que el número de pernoctas que disfruta cada progenitor sea el mismo (si no fuese posible porque el número de días no lectivos fuese impar, la primera mitad tendrá una pernocta más) y la segunda mitad se inicia desde ese momento hasta las 20:00 horas del último día no lectivo.

"En caso de desacuerdo para determinar la mitad que disfruta; cada progenitor, los años pares, el padre disfrutará de la primera mitad y la madre de la segunda, mientras que, los años impares, la madre disfrutara de la primera mitad y el padre de la segunda.

"La recogida de los menores deberá realizarse por el progenitor que vaya a iniciar el disfrute de su período vacacional o a reiniciar la custodia, personalmente o por persona de confianza en quien delegue, en el domicilio del otro progenitor.

"4.º Parte de las vacaciones escolares de verano (desde las 20:00 horas del último día lectivo hasta las 20:00 horas del último día no lectivo):

"El período vacacional estival se divide en seis períodos. El primer periodo comienza a las 20:00 horas del último día lectivo y finaliza a las 20:00 horas del 30 de junio, el segundo finaliza a las 20:00 horas del 15 de julio, el tercero, a las 20:00 horas del 31 de julio, el cuarto a las 20:00 horas del 15 de agosto, el quinto a las 20:00 horas del 31 de agosto y el sexto, a las 20:00 horas del último día no lectivo.

"En caso de desacuerdo para determinar los períodos que disfruta cada progenitor, los años pares, el padre disfrutará del primer, tercer y quinto período y la madre del segundo, cuarto y sexto, mientras que, los años impares, la madre disfrutará del primer, tercer y quinto periodo y el padre del segundo, cuarto y sexto.

"La recogida de los menores deberá realizarse por el progenitor que vaya a iniciar el disfrute de su período vacacional o a reiniciar la custodia personalmente o por persona de confianza en quien delegue, en el domicilio del otro progenitor.

"5.º Días especiales: Con independencia del progenitor al que le correspondiera el día de acuerdo el régimen de guarda, custodia y visitas anteriormente expuesto:

"a) El día del cumpleaños u onomástica de cualquiera de los menores, el padre estará en compañía de ambos los años pares y la madre los años impares, desde las 10:00 horas (desde la salida del colegio/instituto, si es un día lectivo) , hasta las 20:00 horas.

"b) El Día del Padre, el Día de la Madre y el día del cumpleaños, u onomástica de cada progenitor, le corresponderá al progenitor de que se trate, desde las 10:00 horas (desde la salida del colegio/instituto, si es día lectivo) hasta las 20:00 horas.

"c) Siempre que fuese posible y no altere las actividades previamente programadas de los menores, estos podrán disfrutar de cualquier otra celebración familiar (bodas, bautizos, comuniones, cumpleaños, etc.) en compañía del progenitor de cuya línea familiar se trate, para la cual éste deberá preavisar al otro progenitor, con una antelación mínima de 15 días, quedando en compañía, si se trata de una celebración que incluya comida, desde las 20:00 horas del día anterior hasta las 20:00 horas del día de la celebración, y si se trata de una celebración que incluya merienda o cena, desde las 16:00 horas de día de la celebración hasta las 16:00 horas del día siguiente.

"La entrega y recogida de los menores deberá efectuarse por el progenitor al que le corresponda disfrutar del día especial o persona de confianza en quien delegue, en el domicilio del otro progenitor.

"En el supuesto de coincidencia de días especiales correspondientes a distinto progenitor, la preferencia queda determinada conforme al orden en que se encuentran referidos tales días en los párrafos anteriores.



"6.º El resto de días no lectivos no comprendidos en los supuestos anteriores, los menores permanecerán en compañía del progenitor no custodio los años pares, desde las 20:00 horas del día anterior al no lectivo hasta las 20:00 horas del día no lectivo.

"La entrega y recogida de los menores deberá efectuarse por el progenitor al que le Corresponda disfrutar del día no lectivo o persona de confianza en quien delegue, en el domicilio del otro progenitor.

"Normas de general aplicación al régimen de visitas:

"a) Ambos progenitores deberán respetar los horarios establecidos, por lo que salvo comunicación previa de la existencia de un motivo justificado que impida el cumplimiento de los mismos, transcurrida media hora, el progenitor en cuya compañía se encuentre el menor podrá abandonar el lugar de entrega y disponer libremente de su tiempo y del de su hijo hasta las 10:00 horas del día siguiente, en que el otro progenitor deberá cumplir inexcusablemente con su obligación, siempre que le corresponda el día de conformidad con el régimen de guarda, custodia y visitas, puesto que, en caso contrario, perderá su derecho para el período de que se trate.

"b) Las referencias a días lectivos, no lectivos o períodos vacacionales deben entenderse referidas al calendario escolar de aplicación en el centro escolar en que se encuentre escolarizado Domingo (menor de menos edad).

"c) Ambos progenitores deberán facilitar y permitir la comunicación de sus hijos con el otro progenitor, mientras estén en su compañía, por lo que deberán facilitar a los mismos un medio de comunicación adecuado (teléfono móvil, teléfono-fijo, ordenador, etc.), hasta que los menores dispongan del suyo propio, tantas veces como sea solicitado por los mismos mantener comunicación con el otro progenitor y, como mínimo, una vez al día, debiéndose realizar la comunicación en horas oportunas al normal y cotidiano desarrollo de la vida de los menores, respetando la debida intimidad de los mismos en el desarrollo de la comunicación. Una vez que los menores dispongan de su propio teléfono móvil, no cabrá restringir su uso a los efectos de comunicación con el otro progenitor.

"d) Para el adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones derivados, del ejercicio conjunto de la patria potestad, el menor deberá ser entregado por un progenitor al otro acompañado de su documentación personal (D.N.I./N.I.E o pasaporte, en el caso de salida al extranjero) y sanitaria (tarjeta sanitaria), así como de la medicación que tuviese que serle suministrada e instrucciones necesarias para ello.

"CUARTA- ATRIBUCIÓN DEL USO DEL DOMICILIO FAMILIAR.

"Se atribuye el uso y disfrute del ajuar y domicilio familiar, sito en Alicante, C/ DIRECCION000 nº NUM000 , a doña Socorro , debiendo abandonar él mismo don Luis Enrique , antes del 1 de enero de 2022, con retirada, de su ropa y enseres personales.

"QUINTA-PENSIÓN DE ALIMENTOS.

"El padre, don Luis Enrique , deberá satisfacer, desde la mensualidad de enero de 2022 y con carácter mensual (doce mensualidades de anuales), en concepto de pensión de alimentos para sus hijos Filomena y Domingo , la cantidad de 600 euros (300 euros, por hijo), que deberá ingresar en la cuenta que designe la madre, por anticipado y dentro de los cinco primeros días de cada mes.

"El anterior importe deberá actualizarse anualmente conforme a las variaciones que experimente el I.P.C. que publica el I.N.E. u organismo que le sustituya en un futuro, produciéndose dicha actualización de modo automático, sin necesidad de requerimiento previo, y considerando, como fecha inicial para la actualización, el mes y año en que se fija, y como fecha final, el mismo mes del año en que se actualiza, permitiendo tal cálculo la opción "¿quiere actualizar una renta?" de la página web del I.N.E.

"El Impago de la anterior pensión podrá ser constitutivo de un delito de abandono de familia, previsto en el art. 227 del Código Penal y castigado, con pena, de prisión o multa.

"Además, padre habrá de hacer frente, en exclusiva, al pago de los gastos ordinarios escolares de sus hijos.

"Igualmente, ambos progenitores deberán satisfacer la mitad de los gastos extraordinarios de sus hijos, siendo presupuesto previo para la reclamación por un progenitor al otro de la mitad que le corresponde, que, previamente a la realización de la actividad/acto que implica el gasto, salvo supuestos de urgencia, haya recabado su consentimiento, en cualquier forma que permita acreditarlo documentalmente, con información al mismo del coste que implica.

"Así, el consentimiento expreso o tácito (por falta de oposición expresa en el plazo de 5 días u obstaculización acreditada a la recepción de la comunicación) del progenitor consultado permitirá la realización de la actividad/acto consultado y la reclamación al otro progenitor de la mitad de su coste por el progenitor que haya abonado íntegramente el mismo, salvo que aquél haya manifestado su consentimiento a la realización del



acto/actividad, pero sin asunción de su coste, en cuyo caso, podrá realizarse la actividad/acto, pero sin posibilidad de reclamación directa de la mitad de su coste.

"En caso de oposición expresa del progenitor consultado a la realización de actividad/acto, la realización del mismo requerirá autorización judicial, la cual podrá obtenerse, en su caso, a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, por desacuerdo en el ejercicio conjunto de la patria potestad, en el que se otorgará la facultad de decidir a uno de los progenitores (art. 56 C.C.).

"En caso de oposición del progenitor consultado a la asunción de la mitad del coste de la actividad/acto, la reclamación judicial del mismo requerirá el reconocimiento del gasto extraordinario, el cual podrá obtenerse, en su caso, a través del correspondiente procedimiento de reconocimiento del art.776,3º LEC.

"Respecto a los gastos a considerar como extraordinarios, deberá tenerse en cuenta que los mismos nacen de necesidades de los hijos de naturaleza excepcional, son eventuales, difícilmente previsibles y de un montante económico considerable, lo que no significa que hayan de ser siempre imprescindibles y necesarios (por ejemplo, silla de ruedas, elementos ortopédicos, asistencia de terceras personas en caso de enfermedad, etc.), sino que también cabe que sean accesorios (por ejemplo, operaciones quirúrgicas en centros privados aunque estén cubiertas por la Seguridad Social, etc.) o, simplemente, complementarios (por ejemplo, viajes, de estudios, clases particulares, etc.).

"2.º) No se condena en costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Luis Enrique .

2. La resolución de este recurso a la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, que lo tramitó con el número de rollo 358/2022 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 14 de julio de 2022, con el siguiente fallo:

"Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora Señora Granados Serrano en representación de Don Luis Enrique contra la sentencia dictada por el Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de la ciudad de Alicante en fecha 20 de diciembre de 2021 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia REVOCAR COMO REVOCAMOS PARCIALMENTE dicha resolución en cuanto a la atribución del domicilio familiar que se atribuye a la demandante Doña Socorro por tiempo de dos años a contar desde la fecha de la presente resolución. Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia. No se realiza pronunciamiento en relación a las costas de esta alzada".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. D.ª Socorro interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Vulneración del artículo 96 del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3.º LEC".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 15 de febrero de 2023, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por D.ª Socorro contra la sentencia dictada con fecha de 14 de julio de 2022 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 358/2022, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos de hijo no matrimonial n.º 904/2020 del Juzgado de Primera instancia n.º 10 de Alicante".

3. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación. Únicamente se ha presentado escrito por el Ministerio Fiscal, que interesa la estimación del recurso.

4. Por providencia de 1 de junio de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 11 de julio de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

La cuestión jurídica que se plantea versa sobre la posibilidad de, a falta de acuerdo, establecer una limitación temporal en la atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor e hijos menores que quedan a su cuidado en casos en los que no concurre ninguno de los supuestos admitidos por la jurisprudencia para mitigar el excesivo rigor que se deriva de la automática aplicación de la norma contenida en el art. 96 CC.

El recurso de casación trae causa de una demanda de guarda y custodia y alimentos de hijos no matrimoniales presentada por la madre frente al padre. La demandante solicitaba la adopción de medidas respecto de los dos hijos menores habidos en común (Filomena , nacida el NUM001 de 2007, y Domingo , nacido el NUM002 de 2016). La sentencia de primera instancia, en lo que aquí es trascendente, establece la guarda y custodia materna de los dos hijos menores, con atribución del uso de la vivienda familiar sin limitación temporal.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación presentado por el padre y estableció que la atribución del uso de la vivienda familiar a la madre demandante quedaba limitado a un periodo de dos años desde su sentencia. La sentencia de la Audiencia basó su decisión en que "la madre es una mujer con preparación en edad laboral para encontrar una actividad que le permita mantenerse y encontrar una vivienda, por lo que se atribuye el uso del mismo por un periodo de dos años desde la fecha de la presente resolución".

SEGUNDO.- Recurso de casación. Planteamiento

La madre interpone recurso de casación por el que denuncia la infracción del art. 96 CC y de la jurisprudencia de la sala. En su desarrollo explica, en síntesis, que la protección del interés de los menores no permitiría establecer un límite temporal en la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar, cosa que la sentencia recurrida hace mediante una simple referencia a unos "futuribles" que ni siquiera atenderían a la realidad de la prueba practicada.

Para justificar el interés casacional se citan diferentes sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Entre ellas, la sentencia 861/2021, de 13 de diciembre, que en reiteración de una doctrina consolidada recuerda que:

"[...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC. [...] esta 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. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor".

TERCERO.- Decisión de la sala. Estimación del recurso de casación

La doctrina que procede aplicar en el presente caso es la que refiere la recurrente, iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, y que luego ha sido reiterada por otras muchas (entre otras, sentencias 241/2020, de 2 de junio, 351/2020, 24 de junio, y 861/2021, de 13 de diciembre). En palabras de la sentencia 351/2020, de 24 de junio:

"[...] la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.

"[...] esta 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. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

"[...] Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la vivienda familiar en supuestos similares pues a ninguno se refieren las "resoluciones más recientes" que dice la sentencia, sin citarlas.



"Lo que dice esta sala -sentencia de 17 de junio de 2013- es lo siguiente: "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".

"Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina: "la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC" (221/2011, 1 de abril; 181/2014, 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo[...]"

Es claro que la sentencia recurrida ha desatendido esta doctrina al limitar la atribución del uso de la vivienda a los menores sin ampararse en alguno de los factores que hemos establecido para mitigar el excesivo rigor que se deriva de la automática aplicación de la norma contenida en el art. 96 CC cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges.

Y también lo es, además, que esos factores tampoco se pueden considerar concurrentes. El carácter familiar de la vivienda litigiosa ni siquiera ha sido controvertido. Y la posibilidad de que los hijos no la precisaran, al encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios, ni se ha llegado a plantear.

Como bien dice el Ministerio fiscal en su informe, sin declarar acreditado ningún elemento fáctico en el que con arreglo a la doctrina de la sala pudiera fundarse alguna excepción al régimen de uso de la vivienda, la Audiencia directamente estima el recurso de apelación y declara que es procedente establecer el uso del mismo a favor de la madre pero durante un periodo de tiempo de dos años desde la fecha de su sentencia.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación para, asumiendo la instancia, desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Roman en lo relativo al uso de la vivienda familiar y confirmar la atribución del uso conferido por la sentencia del juzgado.

CUARTO.- Costas

La estimación del recurso determina que no se haga imposición de las costas de este recurso.

Se imponen al Sr. Roman las costas del recurso de apelación dada su íntegra desestimación y se mantiene la no imposición de costas de la primera instancia.

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 Socorro contra la sentencia dictada con fecha de 14 de julio de 2022 por la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 6.ª), en el rollo de apelación n.º 358/2022, dimanante del juicio de guarda y custodia y alimentos de hijo no matrimonial n.º 904/2020 del Juzgado de Primera instancia n.º 10 de Alicante.

2.º- Casar la sentencia recurrida en el sentido de desestimar el recurso de apelación interpuesto por Luis Enrique contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Alicante en fecha 20 de diciembre de 2021 y confirmar la atribución del uso de la vivienda familiar conferido por la sentencia del juzgado, sin límite temporal mientras alguno de los hijos siga siendo menor de edad.

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

4.º- Imponer a Luis Enrique las costas del recurso de apelación y mantener la no imposición de costas de la primera instancia.

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.