

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ067609

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 1166/2024, de 23 de septiembre de 2024

Sala de lo Civil

Rec. n.º 7859/2022

**SUMARIO:****Derecho de familia. Divorcio. Uso de la vivienda familiar. Pensión de alimentos.**

Se plantea como cuestión jurídica la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de convivencia en la misma de la nueva pareja de la madre, así como la consecuencia del incremento de la pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio y a favor de los hijos con el fin de atender a la necesidad de vivienda que dejará de estar cubierta tras la salida de la vivienda que fue familiar.

En el supuesto, existe una vivienda familiar, sede del núcleo primigenio en la que convivían ambos cónyuges con sus hijos, tras la disolución del matrimonio, y atribuido el uso a los hijos menores y al progenitor a quien se confía su guarda y custodia, este contrae matrimonio o crea una unión de hecho con una tercera persona, con la que constituye otro núcleo familiar. Pero con la paradoja de fijar su sede en la vivienda familiar del núcleo primigenio en la que convivirá la nueva pareja y los hijos menores de la primera.

El recurrente tiene razón cuando señala que la jurisprudencia de la sala se orienta a apreciar causa de extinción de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio cuando su nueva pareja se instala, reside y disfruta de una de la que el demandante es, al menos, cotitular, ya que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente".

La jurisprudencia de la sala evita el automatismo y, con el fin de que las partes se acomoden a la nueva situación y tengan tiempo de ordenarla, sin poner en riesgo el interés de los menores, la jurisprudencia ha reconocido el derecho de los hijos menores y el progenitor custodio a permanecer en la vivienda por un tiempo prudencial, tras el cual cesará el uso de la misma. En este caso, el recurrente solicita que se establezca un plazo de un año desde el dictado de esta sentencia y esta petición, apoyada por el Ministerio Fiscal, es la que va a adoptarse. La pensión de alimentos que el padre debía abonar para atender a las necesidades de sus hijos quedó fijada atendiendo a los ingresos de los progenitores y a las necesidades de los menores, entre las que se encuentra la de vivienda. Esta necesidad quedaba cubierta con la atribución del uso de la que fue vivienda familiar, que ahora se declara extinguida en un año. En consecuencia, y por expresa petición del Ministerio Fiscal, se fija una nueva pensión de alimentos al alza, en la que se ha de tener en cuenta la necesidad de que se provea a los menores de una nueva vivienda.

**PRECEPTOS:**

Código civil, arts. 91, 93, 96.1 y 146.

**PONENTE:**

*Doña María de los Angeles Parra Lucan.*

Magistrados:

Don FRANCISCO MARIN CASTAN  
Don MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN  
Don JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.166/2024

Fecha de sentencia: 23/09/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 7859/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/09/2024

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE HUELVA SECCION N. 2

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

Transcrito por: lel

Nota:

CASACIÓN núm.: 7859/2022

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1166/2024

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

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

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 23 de septiembre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Juan Alberto, representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María de la Luz García-Barranca Banda y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Cecilia García de la Corte, contra la sentencia n.º 511/2022, de 19 de septiembre, dictada por la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso de apelación n.º 759/2022, de 19 de septiembre, dimanante de las actuaciones de Divorcio Contencioso n.º 281/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Moguer. Ha sido parte recurrida D.<sup>a</sup> Diana, representada por la procuradora D.<sup>a</sup> Raquel Diaz Ureña y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Teresa de Jesús Guillén Orta.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.**

Tramitación en primera instancia

1.- D.<sup>a</sup> Diana interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Juan Alberto, en la que solicitaba se dictara sentencia que declare el divorcio estableciendo las siguientes medidas:

"Patria potestad compartida y Guarda y custodia a favor de la madre con el régimen de visitas, comunicaciones y estancias acorde con el Fundamento Jurídico sexto (fines de semanas alternos y dos tardes intersemanales), acordándose una pensión de alimentos de 500.-€ para cada uno de sus hijos, una pensión compensatoria temporal (3 años) a favor de la Sra. Diana en importe de 500.-€ y el uso de los vehículos conforme el fundamento de derecho sexto F, con imposición de costas al demandado".

En el "SEGUNDO OTROSI DIGO" se solicitaron la adopción de Medidas Provisionales Urgentes.

2.- La demanda fue presentada el 29 de marzo de 2017 y, repartida al Juzgado Mixto n.º 2 de Moguer, fue registrada con el n.º 281/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D. Basilio contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba "se dicte sentencia por la que se decrete la disolución del matrimonio por causa de divorcio y adopte las medidas definitivas interesadas en escrito de demanda que dio origen a los autos n.º 483/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera instancia n.º 1 de Moguer que deben acumularse a los presentes".

4. D. Juan Alberto presentó demanda de divorcio contra D.<sup>a</sup> Diana, en la que solicitaba dictara sentencia por la que:

"a).- Se decrete el divorcio de los cónyuges con los efectos inherentes a dicha declaración.

"b) Se adopten como definitivas las siguientes medidas:

"1.- Se acuerde que la patria potestad de los hijos menores del matrimonio sea compartida entre ambos progenitores, debiendo tomar ambos de consenso y con carácter previo, todas las decisiones que afecten a educación, actividades extraescolares, y todas aquellas de especial relevancia en el desarrollo y salud de los menores.

"2.- Se atribuya la custodia de los hijos menores del matrimonio a su padre, Don Juan Alberto.

"Se establezca a favor de la esposa y madre un régimen de visitas y estancias consistente en tres tardes a la semana, desde la salida del colegio hasta las 20.00 H, y fines de semana alternos desde las 20.00 H del Viernes hasta el lunes que llevará a los menores al colegio, lugar del que los recogerá el padre.

"Las vacaciones de navidad, Semana Santa y estivales, se dividirán en dos períodos de tiempo idénticos.

"En cuanto a las Navidades, el primer período desde el día siguiente a la salida del colegio hasta las 20.00 H del día 30 de diciembre; y el segundo período desde las 20.00H del día 30 de diciembre hasta las 20.00H del día anterior a la vuelta a clases.

"Semana Santa: primer período desde las 20.00H del viernes de dolores hasta las 20.00 H del Miércoles Santo; y el segundo período, desde las 20.00 H del Miércoles Santo hasta las 20.00 H del Domingo de Resurrección.

Las vacaciones estivales comprenden los meses de julio y agosto y se dividirán en quincenas alternativas y sucesivas.

"El padre elegirá los años pares, y la madre, los años impares.

"3.- Subsidiariamente, se acuerde la custodia compartida de los menores entre ambos progenitores, de tal forma que éstos pasarán una semana en compañía de cada uno de ellos y en sus respectivos domicilios, produciéndose los cambios de custodia los domingos a las 20.00 H, en el domicilio del progenitor que comience su período de custodia.

"En caso de que se acuerde la custodia compartida de los menores, Cada uno de los progenitores asumirá la alimentación de sus hijos en el período que le corresponda, siendo abonados por iguales partes los gastos extraordinarios de los menores, y dando tal naturaleza a los gastos de educación (matrículas de estudio, alojamiento fuera de los domicilios parentales caso de desplazamiento por estudios, libros, material escolar, uniformes, ropas deportivas), y gastos sanitarios y farmacológicos no cubiertos por la sanidad pública, así como otros gastos ordinarios no usuales.

"Régimen de estancias vacacionales. Los menores pasarán los días 24 y 25 de diciembre, y los días 30 y 31 de diciembre, así como el día 6 de enero (festividad de los Reyes Magos) de forma alternativa, con cada uno de sus progenitores, el primer año, los días 24 y 25 de diciembre y día 6 de enero con su madre; y los días 30 y 31 de diciembre y 5 de enero con su padre, y así se irá alternando en años sucesivos.

"La semana Santa se dividirá en dos períodos: el primero desde las 10:00 H del Lunes Santo hasta las 21:00 H del Miércoles Santo; y el segundo, desde las 20:00 H del Miércoles Santo hasta las 20:00 H del Domingo de Resurrección. El primer año, pasarán los menores el primer período, en compañía de su madre, y el segundo, en compañía de su padre, alternándose en años sucesivos.

"En cuanto a las vacaciones estivales, (Julio y Agosto), se dividirán por quincenas alternativas, permaneciendo los menores el primer año las primeras quincenas de cada mes en compañía de su madre, y las segundas quincenas, en compañía de su padre, alternándose en años sucesivos.

"Este régimen de estancias de los menores en períodos vacacionales podrá ser modificado de mutuo acuerdo por ambos progenitores y teniendo en cuenta las preferencias de los hijos.

"Se acuerde atribuir el uso exclusivo del domicilio familiar a la esposa y a los menores, para aquellos períodos de tiempo que estén bajo su custodia, y durante un período de tiempo de tres años, decretando procede la liquidación del régimen económico de sociedad legal de gananciales, una vez quede extinguida la atribución de uso.

"4.- Ambos esposos abonarán por mitad la amortización mensual del préstamo hipotecario que grava la vivienda, así como todos los gastos derivados de la titularidad dominical, tales como impuesto de bienes inmuebles de naturaleza urbana, y seguro de la vivienda".

5.- La demanda fue presentada el 30 de mayo de 2017 y, repartida al Juzgado Mixto n.º 1 de Moguer, fue registrada con el n.º 483/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

6.- D.ª Diana contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara sentencia que declare el divorcio desestimando las peticiones de la actora en cuanto a las medidas solicitadas, aprobando las instadas por esta parte y estableciendo así el siguiente régimen de Custodia y visitas de los menores:

"Patria potestad compartida y Guarda y Custodia a favor de la madre con el régimen de visitas, comunicaciones y estancias acorde con el Fundamento Jurídico sexto (fines de semanas alternos y dos tardes intersemanales, acordándose una pensión de alimentos de 500.-€ para cada uno de sus hijos, una pensión compensatoria temporal (3 años) a favor de la Sra. Diana en importe de 500.-€, y el uso de los vehículos conforme el fundamento de derecho sexto F, con imposición de costas al demandado".

7.- Mediante auto de fecha 4 de junio de 2019, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Moguer acordó la acumulación de los autos 483/2017 seguidos en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Moguer a los seguidos en el Juzgado n.º 2 de la misma localidad con el n.º 281/2017, donde se enviaron todos los autos a fin de tramitarlos en un solo juicio.

8.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Moguer dictó sentencia de fecha 18 de mayo de 2021, con el siguiente fallo:

"Que debo declarar y declaro disuelto a efectos civiles por divorcio el matrimonio contraído por D.ª Diana y D. Juan Alberto, acordando como medidas reguladoras de los efectos personales y patrimoniales de la ruptura del matrimonio al margen de las que operan por ministerio de ley:

"1.- La disolución por divorcio del matrimonio contraído por D.ª Diana y D. Juan Alberto. Quedan revocados todos los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges haya podido atribuirse, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos de cada cónyuge al ejercicio de la potestad doméstica y procede acordar la disolución del régimen económico matrimonial, habiendo cesado la convivencia en el mes de septiembre de 2016.

"2.- La guarda y custodia de los hijos comunes menores de edad se atribuye a la madre, siendo la patria potestad compartida.

"3.- Se establece un régimen de comunicación y estancias a favor de los menores Landelino y María Inés, respecto del Sr. Juan Alberto consistente en fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio hasta el lunes a la entrada del colegio de los menores y martes y jueves desde la salida del colegio, hasta las 20:00 horas. Las entregas y recogidas que no se hagan en el colegio se llevarán a cabo en el domicilio de los menores.

"Se establece el siguiente régimen de vacaciones:

"Semana Santa: Se fijan dos periodos, uno desde el Viernes de Dolores a las 17:00 horas hasta el Martes Santo a las 17:00 horas y otro, desde el indicado hasta las 20:30 horas del Domingo de Resurrección. La elección de cada periodo vacacional corresponderá a la madre los años impares y al padre los años pares.

"Verano: El periodo vacacional de verano, por quincenas los meses de julio y agosto. Se fijan del siguiente modo: o desde el 1 de julio a las 11:00 horas al 15 de julio a las 20:30 horas, o desde el 15 de julio a las 20:00 horas al 31 de julio a las 20:30 horas. O desde el 31 de julio a las 20:30 horas al 15 de agosto a las 20:30 horas. O desde el 15 de agosto a las 20:30 horas al 31 de agosto a las 20:30 horas. La elección de cada periodo vacacional corresponderá a la madre los años impares y al padre los años pares, debiendo comunicarse con antelación al otro progenitor la elección de cada periodo a fin de facilitarse ambos la programación de tiempo y vacaciones.

"Navidad: El periodo vacacional de navidad se divide en dos, uno desde el inicio de las vacaciones escolares e día 30 de diciembre a las 19:00 horas, y otro, desde ese momento hasta la finalización de las vacaciones escolares. No obstante, el progenitor que no disfrute de sus hijos el día 5 de enero, independientemente de la distribución expuesta, podrá compartir el día 6 con los mismos, debiendo el progenitor que corresponda recoger a los hijos a las 12:00 horas y reintegrarlos el mismo día a las 20:00 horas.

"En otros periodos vacacionales y festivos, los menores permanecerán con el progenitor que corresponda según el turno de periodos semanales de estancia y convivencia y con igual reparto de tardes, salvo que los progenitores de común acuerdo decidan otro reparto.

"Este régimen podrá flexibilizarse de conformidad con los acuerdos que puedan alcanzar las partes.

"4.- Se establece una pensión de alimentos a favor de los menores, a cargo del padre, en la cuantía de 250 € mensuales que el padre habrá de ingresar en la cuenta que designe la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y que se actualizará conforme a las variaciones del IPC o Índice que lo sustituya.

"Los gastos extraordinarios serán por mitad.

"5.- El uso y disfrute de la vivienda familiar se atribuya a los hijos y a la madre bajo cuya custodia quedan.

"No se establece pensión compensatoria.

"5.- El uso y disfrute del vehículo BMW matrícula NUM000 se atribuye a D.<sup>a</sup> Diana.

"Todo ello sin especial condena en costas".

9. Por la representación procesal de D. Juan Alberto se ha solicitado aclaración de la anterior sentencia que fue denegada mediante auto de 20 de julio de 2021.

10. Por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Diana se presentó escrito solicitando rectificación de error material de la misma sentencia, dictándose auto de fecha 17 de septiembre de 2021 que modificaba, en el fallo de la sentencia, la matrícula del vehículo, siendo la correcta NUM001.

## **Segundo.**

Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Juan Alberto.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Huelva, que lo tramitó con el número de rollo 759/2022 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 19 de septiembre de 2022, con el siguiente fallo:

"ESTIMAR EN PARTE el recurso interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada en el asunto a que se refiere el rollo de Sala por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Moguer, que se CONFIRMA excepto en lo atinente al uso del coche BMW matrícula NUM000 como a la fecha en la que se entiende disuelta la sociedad de gananciales, decisiones que se dejan sin efecto, y con aprobación de la forma de realizar las entregas y recogida de los menores en la forma reseñada en el fundamento quinto.

"Sin imposición a la parte apelante del pago de las costas del recurso y con restitución del depósito prestado para recurrir".

## **Tercero.**

Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- D. Juan Alberto interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Único.- Al amparo de lo preceptuado en el art.477.2.3.º de la LEC, por interés casacional, vulneración de Doctrina Jurisprudencial fijada en Sentencia Tribunal Supremo (Pleno) núm.. 641/18, de 20 noviembre, Sentencia Tribunal Supremo núm. 568/19 de 29 octubre y Sentencia Tribunal Supremo núm. 488/20, de 23 septiembre, infringiéndose por aplicación indebida en la Sentencia recurrida el art.96.1 del CC en relación con el art. 91 del CC".

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 24 de abril de 2024, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por D. Juan Alberto contra la sentencia dictada con fecha de 19 de septiembre de 2022 por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección 2.<sup>a</sup>), en el rollo de apelación n.º 759/2022, dimanante del juicio de divorcio n.º 281/2017 del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Moguer".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 10 de julio de 2024 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de septiembre de 2024, fecha en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO****Primero.**

Se plantea como cuestión jurídica la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en caso de convivencia en la misma de la nueva pareja de la madre, así como la consecuencia del incremento de la pensión de alimentos a cargo del progenitor no custodio y a favor de los hijos con el fin de atender a la necesidad de vivienda que dejará de estar cubierta tras la salida de la vivienda que fue familiar.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

1.- En el procedimiento de divorcio contencioso seguido entre el Sr. Juan Alberto y la Sra. Diana, que habían contraído matrimonio el día 22 de julio de 2006 y que tenían dos hijos en común ( Landelino, nacido el NUM002 de 2009, y María Inés, nacida el NUM003 de 2014), el Juzgado de 1ª Instancia 2 de Moguer dicta sentencia de divorcio el 18 de mayo de 2021. En la sentencia, por lo que aquí interesa, se estima la petición de la madre de atribuirle a ella la guarda y custodia de los hijos, frente a la petición del padre que interesaba la custodia para él. Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda familiar a los hijos y a la madre bajo cuya custodia quedan. Se establece también una pensión de alimentos a favor de los menores y a cargo del padre en la cuantía de 250 euros mensuales por cada hijo.

La sentencia declara que ambos progenitores disponen de cualidades para hacerse cargo de los menores y ejercer de forma absolutamente correcta las funciones propias que conlleva el ejercicio de la guarda y custodia. Añade además que, superadas las tensiones de los primeros momentos de la separación, por el bien de los hijos habían conseguido aliviar la situación y mantienen una relación cordial y amigable en las cuestiones referidas a los hijos. También recuerda que, en abstracto, el sistema de custodia compartida es el deseable, pero añade que en el caso deben tenerse en cuenta el estado emocional del hijo y el informe de la psicóloga que, en atención al mismo, concluye que es aconsejable mantener la custodia materna que se adoptó en las medidas provisionales porque aunque está mejor, posiblemente por la mejora en las relaciones de los padres, acude a consulta tanto para tratar sus problemas físicos como psicológicos, por lo que en interés del menor el cambio, que posiblemente debería ser progresivo, estaría en función de una nueva evaluación en la que se acreditara el cambio de circunstancias que aconseje en el futuro establecer una custodia compartida.

En la argumentación jurídica de la sentencia que fundamenta la asignación de la vivienda se dice, tras invocar la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 20 de noviembre de 2018:

"De la prueba practicada resulta patente que la demandante reside en el que fue vivienda familiar con su nueva pareja. Por más que se intente esconder esta situación, lo cierto es que del informe emitido por el detective, y de las propias manifestaciones de la demandante, queda acreditado que en dicha vivienda reside de forma habitual la misma junto a sus hijos y su actual pareja. Ello conlleva, de conformidad con la doctrina expuesta que la vivienda pierda la consideración de familiar.

Teniendo en cuenta dicha situación, que la hipoteca se viene sufragando desde la separación por el demandado y que la vivienda es titularidad de éste, debería finalizar el uso que viene disfrutando la demandante, sin embargo, no puede desconocerse la situación en la que se encuentra el menor, hijo de las partes, a la que se ha hecho referencia anteriormente, por lo que, en atención a la especial situación de vulnerabilidad y protección en la que se encuentra el mismo, se entiende lógico mantener al menor en el que ha venido siendo hasta el momento su domicilio, debiendo ser introducidos los cambios relativos al mismo de igual modo que los relativos a la guarda y custodia, esto es, una vez comprobada la mejoría en el estado emocional del menor. En este momento, con el resultado de las pruebas de que se dispone, se entiende más apropiado mantener la estabilidad del menor, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en un futuro en caso de acreditarse el cambio de circunstancias".

2.- El Sr. Juan Alberto recurrió en apelación la sentencia del juzgado impugnando, entre otras decisiones, y por lo que interesa a efectos del recurso de casación, el régimen de guarda (solicitando la custodia compartida) y la atribución del uso de la vivienda familiar (con cita de la jurisprudencia que considera que procede la extinción del uso cuando la pareja sentimental de la esposa fija en la que fue vivienda familiar su residencia de manera estable y permanente). Ambos extremos son desestimados por la Audiencia Provincial con apoyo en el siguiente razonamiento:

"Sobre lo principal, que resulta ser el régimen de guarda dispuesto y la manera en que los menores deben desarrollar su vida doméstica y familiar en convivencia con sus progenitores, de uno u otro modo, rechazamos el alegato de la parte apelante partiendo del resultado de la exploración del menor y con los demás datos obrantes en el expediente. De la entrevista con el hijo no se deduce únicamente que el menor, de modo caprichoso y sin razones ninguna clase, tenga preferencia por mantener un régimen de vida más estable, conviviendo con su madre en el domicilio que fue familiar. La percepción inmediata de las preguntas y respuestas hechas en ese acto nos lleva a concluir que esa es efectivamente la sincera voluntad del hijo, cuya edad reclama una cierta atención y tener presente sus preferencias, que en este caso no parecen irrazonables. Y no lo parecen porque en buena medida

sigue en el hilo de las recomendaciones del informe del equipo técnico adscrito al servicio del Juzgado de Familia, de 27 de julio de 2020, y de los datos derivados de otros medios acreditativos. La fuerte conflictividad suscitada por la separación, que se deduce del cruce de alegatos y de las pruebas incorporadas, muchas de ellas -como decimos- relacionadas con la gestión del patrimonio familiar y con aspectos económicos del debate, permiten concluir que los menores, y en particular el hijo explorado, padecen las consecuencias de la ruptura con efectos perjudiciales. En esas circunstancias forzar un régimen de convivencia alterna es contraproducente, y más en particular cuando, según parece, el apelante mantiene ya una nueva relación estable y tiene un hijo con su nueva pareja, lo que también recomienda prudencia para permitir una adaptación paulatina a una situación familiar compleja, enteramente nueva para los menores. La conveniencia de que los hijos tomen contacto con su hermano de vínculo sencillo no parece un factor de influencia en esta cuestión, visto lo incipiente del nacimiento, la edad del hermano y la posibilidad de que ese contacto se desarrolle suficientemente gracias al régimen de estancias y visitas.

No es por lo tanto solo la opinión del menor, sino también el informe técnico y los demás elementos de juicio los que nos permiten concluir que la estabilidad y el mantenimiento de la situación actual no resultan perjudiciales a los hijos, y es preferible a un régimen de alternancia en la residencia para el que no se ven más beneficios que los abstractos que puedan derivar de un mero reparto equivalente del tiempo. Por lo demás y en sus conclusiones ante esta Sala la parte apelada pone de manifiesto que el recurrente carece de un apoyo familiar completo, y que ese apoyo si puede prestarse con los menores residiendo en la vivienda que fue familiar sita en el núcleo urbano, cercana a los centros de escolarización y con un apoyo familiar constante del entorno familiar materno.

La exploración fue además interesada por la parte apelante, que ahora según parece duda de su resultado; pero la Sala insiste en que alcanzó la impresión de que el menor daba una opinión sincera y no influida por terceros, a pesar de que el ambiente que rodea al conflicto no es obviamente el mejor para poder conocer sus inquietudes más íntimas.

Por lo demás, las referencias al plan de coparentalidad no parecen significativas; una de las cosas que faltaría por aclarar es la manera en que se daría cobertura completa a las necesidades ordinarias de sustento de los hijos, y en particular al alojamiento, el empleo de la vivienda familiar (ya que se entiende que ha de extinguirse el derecho de uso si se opta por un régimen de guarda conjunta), debe deparar, tal como se contiene en el suplico, su desalojo en el plazo que se indica.

Se desestima pues el recurso en lo atinente al régimen de guarda dispuesto, manteniendo el recogido en la sentencia dictada, con inclusión de lo atinente al empleo de la vivienda, como consecuencia necesaria de la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil".

3.- El Sr. Juan Alberto ha interpuesto recurso de casación.

### **Segundo.**

El recurso de casación del Sr. Juan Alberto está fundado en un motivo en el que denuncia la infracción de los arts. 96.1 y 91 CC.

Con cita de las sentencias 641/2018, de 20 de noviembre, 568/2019, de 20 de octubre, y 488/2020, de 23 de septiembre, argumenta que la sentencia recurrida vulnera la doctrina jurisprudencial por cuanto, habiendo formado la esposa una nueva unidad familiar con un tercero, con el que convive de forma estable en el que fuera la vivienda familiar, al no ser cuestionado este hecho y ser asumido por la sentencia de la Audiencia. Alega que la vivienda es de su titularidad exclusiva y abona el 100% de la hipoteca que la grava. Considera que no se vulneraría el interés de los hijos si se permite, como se ha hecho en otros casos, la permanencia de la vivienda durante el plazo de un año desde que se dicte sentencia.

### **Tercero.**

La Sra. Diana considera que el recurso es inadmisibles porque no concurre el interés casacional, dado que las sentencias aplican la doctrina de la sala poniéndola en relación con la especial vulnerabilidad y estabilidad de los hijos comunes. Además, se opone al recurso argumentando que la sentencia recurrida no es contraria a la jurisprudencia de la sala, que no establece la extinción automática del uso de la vivienda, sino que atiende a las circunstancias del caso concreto y a las especiales necesidades que puedan tener los menores, al menos hasta que se liquide el régimen de gananciales.

En apoyo de su oposición argumenta que las sentencias de instancia han valorado el interés de los menores, las razones por las que por el momento no procede la custodia compartida, y que los menores quedarían desprotegidos y sin ver satisfecha su necesidad de vivienda si automáticamente se extinguiera el uso atribuido, sin que el padre siquiera ofrezca incrementar la pensión de alimentos para atender a la necesidad de vivienda. Alega que la vivienda está a nombre del exesposo pero que es ganancial porque el préstamo que la gravaba se ha pagado durante la vigencia del matrimonio bajo el régimen de gananciales, por lo que habrá que esperar al momento de la liquidación para que puedan beneficiarse de lo que se obtenga de la vivienda. Añade que ella no tiene ninguna otra propiedad y no dispone de los beneficios de la empresa familiar que gestiona él hasta que se liquide, también dice

que actualmente ella está en situación de desempleo, y que existe una segunda vivienda que es propiedad de la familia, a siete kilómetros de la localidad, que es ocupada por el exmarido con su nueva familia (nueva pareja e hija común).

#### **Cuarto.**

El Ministerio Fiscal pide la estimación de la casación y que el Tribunal Supremo asuma la instancia, estableciendo un plazo temporal para el desalojo de un año y una nueva pensión de alimentos en la cuantía 390 euros por hijo (780 euros), que será efectiva una vez se produzca el desalojo de la vivienda.

Sobre la estimación de la extinción de la atribución del uso y el señalamiento de un uso temporal, el fiscal, tras citar la jurisprudencia de la sala y las razones por las que las sentencias de instancia adoptan su decisión, razona:

"Es evidente que la vulnerabilidad del menor está relacionada con la ruptura y el enquistamiento entre los progenitores, pero esta circunstancia no excepciona la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo; porque, además de la desafectación de la vivienda como algo ineludible, existe una solución conciliable con las posturas opuestas derivadas de la liquidación de un bien (tras más de cuatro años), que puede permitir a la madre vivir en casa u obtener con la venta los ingresos complementarios a los que se refiere la jurisprudencia sobre la regla general de atribución de vivienda con custodia monoparental, al existir alternativa ( SSTS 695/2011, de 10 de octubre, 426/2013, de 17 de junio, 284/2016, de 3 de mayo y 1153/2021). Y porque la protección del hijo no está desconectada del interés de la madre relacionado con el inmueble que se sustrae al otro cotitular del mismo (interés especulativo), de tal suerte que, la atribución ilimitada del mismo, que de hecho se viene produciendo porque las medidas del juzgado de 1ª instancia siguen en vigor desde su adopción (sentencia de 18 de mayo de 2018), encubre "una suerte de expropiación forzosa de un indiscutible valor económico del que se vería privado el titular exclusivo o cotitular de la precitada vivienda, que conforma un bien de trascendente importancia económica en la mayoría de las ocasiones, además, el del mayor valor de la sociedad económica conyugal" ( STS 757/2024, de 29 de mayo de 2024. Rec. 4313/2023).

En la línea de lo apuntado en el párrafo anterior, para facilitar el tránsito necesario, es conveniente fijar prudencialmente un plazo de asignación temporal de la vivienda a la madre con los hijos de un año, evitando, así, una situación de cuasi- perpetuación que es de advertir sancionada negativamente por la jurisprudencia ( SSTS 73/2014, de 12 de febrero, 76/2016, de 17 de marzo, 31/2017, 33/2017; 34/2017, de 19 de enero; 390/2017, de 20 de junio y 527/2017, de 27 de septiembre), y "en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado" en función de lo postulado por las partes, especialmente lo relativo a la situación laboral de la madre y los problemas de salud del hijo. (...).

También nos sirve de referencia la STS ya citada, 568/2019 de 29 de octubre, que se pronuncia sobre un supuesto parecido por convivencia de una nueva pareja, y que prevé un año de tiempo y una modificación de la pensión de alimentos".

#### **Quinto.**

El problema que se plantea en el recurso ha sido objeto de varias sentencias de esta sala. Como sintetiza la sentencia 488/2020, de 23 de septiembre, la medida relativa a la vivienda familiar es origen, en general, de tensiones y conflictos entre los excónyuges que tenían en ella la sede del núcleo familiar. De ahí que la doctrina postule que el legislador aborde una nueva regulación sobre la materia, pues las nuevas realidades familiares y de uniones de pareja así lo demandan; y todo ello en estrecha relación con la superior protección del interés del menor; conciliando los intereses en conflicto y poniendo coto a un nicho de litigios y de tensiones deplorables, y a veces reprobables. Consciente de ese problema la sala abordó el supuesto en el que, existiendo una vivienda familiar, sede del núcleo primigenio en la que convivían ambos cónyuges con sus hijos, tras la disolución del matrimonio, y atribuido el uso a los hijos menores y al progenitor a quien se confía su guarda y custodia, este contrae matrimonio o crea una unión de hecho con una tercera persona, con la que constituye otro núcleo familiar. Pero con la paradoja de fijar su sede en la vivienda familiar del núcleo primigenio en la que convivirá la nueva pareja y los hijos menores de la primera.

i) La primera ocasión que se plantea ante la Sala Primera del Tribunal Supremo el tema de los efectos que tiene que el progenitor custodio rehaga su vida con una nueva pareja en la vivienda cuyo uso tiene atribuido por razón de la guarda fue la sentencia 33/2017, de 19 de enero, en la que el exmarido solicitó en un procedimiento de modificación de medidas que se rebajara la cuantía de los alimentos que pagaba a los hijos. La Sala Primera desestima el recurso de casación de la exesposa contra la sentencia que redujo los alimentos atendiendo a que en la vivienda vivía una nueva pareja de la madre, que también debía contribuir a los gastos. Dice la sentencia 33/2017:

"La presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, no se plantea desde la medida de uso, sino desde la prestación alimenticia, y es a la vista de este planteamiento por lo que el recurso de casación no puede admitirse porque con la valoración probatoria y jurídica de la sentencia, no es posible sostener que el juicio de proporcionalidad realizado sea ilógico o desproporcionado. Y no lo es en este caso porque este juicio de proporcionalidad en cuanto al caudal o medios del alimentante y necesidades del alimentista se ha aplicado correctamente en función de los datos que se tuvieron en cuenta en el momento de fijarse los alimentos, como son la contribución de ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y coste de una empleada de hogar lo que, a juicio de la audiencia, son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante, y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón a la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe contribuir a estos gastos, estando como está integrada la vivienda en el concepto de alimentos, y esta argumentación no es irracional ni menos aún absurda para sustituirla en casación".

ii) La sentencia del Pleno 641/2018, de 20 noviembre, se pronuncia directamente sobre la extinción del derecho de uso, un problema sobre el que no existía doctrina de la sala y que era resuelto de manera desigual por las Audiencias Provinciales.

Declara la sala que la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente. Por ello la sentencia de la Sala Primera de 19 de noviembre de 2013 solo considera vivienda familiar aquella en que la familia haya convivido, con una voluntad de permanencia de manera que usando este criterio se considera que desaparecida esa familia, bien unida o disgregada, la vivienda ha de perder también la consideración de vivienda familiar. Porque como señala la sentencia citada no puede calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio y estimamos que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial.

La sentencia 641/2018 razona:

"El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia ( sentencia 726 /2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente", como dice la sentencia recurrida.

La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.

El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda".

Es decir, en la sentencia 641/2018 se ofrecen pautas de conducta para que la nueva situación no perjudique el interés de los hijos menores de edad.

Se ha de tener en cuenta que dentro del concepto de alimentos se integra el de proporcionar vivienda a los hijos menores. El momento en el que se ordena el cese del uso en la sentencia 641/2018 está en función de lo solicitado por el demandante, que pidió que tuviera lugar en el momento de la disolución de gananciales, lo que permitiría a la madre bien adquirir la mitad bien con el dinero obtenido en la venta adquirir otra vivienda.

iii) La sentencia 568/2019, de 29 de octubre, para que las partes se acomoden a la nueva situación y tengan tiempo de ordenarla, sin poner en riesgo el interés de los menores, permitió a la menor y a la madre permanecer en la vivienda por un tiempo prudencial de un año, tras el cual cesaría el uso de la misma. Esto es, se evitó un automatismo inmediato.

La sentencia 568/2019, tras reiterar la doctrina de la sentencia del pleno 641/2018, de 20 noviembre, explica que la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter

de la vivienda, dado que deja de ser familiar, en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. Por esta razón estima el recurso de casación, y en aplicación del art. 96.1 CC declara que la vivienda que fue familiar ha dejado de serlo, por lo que deja sin efecto la atribución de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla.

A continuación, la mencionada sentencia 568/2019 se pronuncia sobre el incremento de alimentos, razonando que, al no gozar de dicha vivienda, en aplicación del art. 93 CC, debe fijarse una nueva pensión de alimentos a favor de la hija, en la que se ha de tener en cuenta la necesidad de que se provea a la menor una nueva vivienda:

"Tras esta decisión (la de extinguir la atribución del uso), nos encontramos con que la pensión de alimentos que el padre debía abonar para atender a las necesidades de su hija se desnaturaliza en su cuantía, pues se partía de que la menor gozaba de vivienda, extremos que se debían tener en cuenta para reducir la cuantía de los alimentos, pues parte de los mismos son los correspondientes a la habitación de la menor.

Al no gozar de dicha vivienda, en aplicación del art. 93 del C. Civil, y por expresa petición del Ministerio Fiscal, ante esta Sala, debe fijarse una nueva pensión de alimentos, en la que se ha de tener en cuenta la necesidad de que se provea a la menor una nueva vivienda.

En la instancia se declaró que D.<sup>a</sup> Eva María percibía unos ingresos mensuales de 758,5 euros al mes y que D. Fabio la de 1881,74 euros. La menor cuenta actualmente con catorce años. Por ello, en aplicación del art. 146 del C. Civil, que establece que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, fijamos una pensión alimenticia de 500 euros, actualizable, conforme a lo dispuesto en la sentencia recurrida, que deberá abonarse desde que D.<sup>a</sup> Eva María y la menor salgan del domicilio que fue familiar".

iv) La mencionada sentencia 488/2020, de 23 de septiembre, con cita de las anteriores, estima el recurso de casación del progenitor que solicitó como modificación de medidas la extinción del uso y disfrute del domicilio conyugal, que era ganancial, atribuido en 2011 por aprobación de un convenio regulador de 2010. Fundaba la petición de modificación en el hecho de que la atribución se hizo a la demandada y a los hijos, pero que desde 2012 convivía un tercero, primero de forma esporádica y a partir del año 2015, tras el matrimonio con la demandada, de forma continuada y permanente.

La sentencia 488/2020 acuerda la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar y, para evitar el automatismo, permite que el uso se prolongue un máximo de un año.

### **Sexto.**

La aplicación al caso de la jurisprudencia expuesta determina que estimemos el recurso de casación y que, en atención a las circunstancias concurrentes, casemos la sentencia recurrida. Al asumir la instancia, atendiendo a la especial ponderación del interés de los hijos de los litigantes, acordamos que la atribución de la vivienda que fue familiar a los menores y madre custodia se prolongará un año más desde la fecha de esta sentencia, debiendo abandonarla transcurrido ese plazo. Además, fijamos una pensión de alimentos a favor de los menores y a cargo del padre de 390 euros por hijo (780 euros), actualizable y abonable bajo las mismas circunstancias expresadas en la instancia, y que será efectiva desde que se produzca el desalojo de la vivienda.

Ello por las razones que exponemos a continuación.

Es un hecho probado, no negado por la recurrida, que mantiene una relación afectiva estable con una nueva pareja, que reside en la que fue vivienda de la familia formada con el demandante. La demandada continuó viviendo en esa vivienda con sus hijos tras el cese de la convivencia con el demandante por la salida del hogar familiar por parte de este en septiembre de 2016. La sentencia de divorcio dictada en primera instancia el 18 de mayo de 2021, confirmada por la de apelación ahora recurrida, atribuyó el uso de la vivienda a los hijos y a la madre como custodia, sin fijar límite temporal, a pesar de que constató que en la vivienda residía también su nueva pareja. El juzgado consideró que por el momento lo preferible en interés sobre todo de Landelino, que estaba emocionalmente muy afectado, era mantener la estabilidad, que la sentencia asociaba tanto al cuidado de la madre como a la consecuencia que le parecía natural de continuar con el uso de la vivienda. Únicamente tuvo en cuenta la convivencia de la madre con su nueva pareja (según se dice, desde principios de 2020) a efectos de descartar el reconocimiento a la madre de una pensión por desequilibrio que, de no haber mediado tal convivencia, le hubiera correspondido en atención al desequilibrio económico existente.

La Audiencia, para rechazar la petición de guarda del padre apelante, como pone de relieve el fiscal en su informe, confiere valor a la opinión del menor, que prefiere mantener su situación de custodia y de entorno, y al dato significativo de los enfrentamientos de los padres por cuestiones patrimoniales y por la eventual alternancia de residencia como posible causa de los problemas del hijo. Sobre el tema de la atribución del uso de la vivienda la

sentencia recurrida se limita a decir que se mantiene el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia por ser consecuencia necesaria de la aplicación del art. 96.1 CC.

El recurrente tiene razón cuando señala que la jurisprudencia de la sala se orienta a apreciar causa de extinción de la atribución del uso de la vivienda al cónyuge custodio cuando su nueva pareja se instala, reside y disfruta de una de la que el demandante es, al menos, cotitular. En este caso no se ha producido la liquidación de la sociedad de gananciales y las partes discrepan sobre la verdadera naturaleza de la vivienda (él dice que es privativas suya, mientras que ella argumenta que es ganancial), sin que las sentencias dictadas en la instancia en este procedimiento de divorcio se hayan pronunciado sobre la cuestión, remitiéndose lógicamente a lo que se acredite y decida en el procedimiento de liquidación.

Pero, como advierten las partes y el Ministerio Fiscal, la jurisprudencia de la sala evita el automatismo y, con el fin de que las partes se acomoden a la nueva situación y tengan tiempo de ordenarla, sin poner en riesgo el interés de los menores, la jurisprudencia ha reconocido el derecho de los hijos menores y el progenitor custodio a permanecer en la vivienda por un tiempo prudencial, tras el cual cesará el uso de la misma.

En este caso, el recurrente solicita que se establezca un plazo de un año desde el dictado de esta sentencia y esta petición, apoyada por el Ministerio Fiscal, es la que va a adoptarse. La madre ha interesado que, en caso de acordarse el cese del uso de la vivienda, se prolongue su atribución temporalmente hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. Por razones de seguridad jurídica parece preferible en este caso fijar un plazo cierto, pues las alegaciones contradictorias realizadas por ambas partes en este procedimiento de divorcio tanto sobre la vivienda como sobre otros bienes, incluido el negocio familiar, permiten aventurar que la liquidación, a falta de un cambio de actitud de las partes, puede no ser pacífica y dilatarse en el tiempo. Con ello no se desprotege el interés de los hijos pues, además de lo que a continuación diremos sobre los alimentos, en este caso debe tenerse en cuenta que los hijos y la madre llevan ocupando la vivienda desde el cese de la convivencia de los progenitores en septiembre de 2016 y que cuando se dictó la sentencia del juzgado el 18 de mayo de 2021 ya se declaró acreditada la convivencia de la madre con su pareja en esta vivienda, por lo que no puede decirse que no hayan dispuesto de tiempo para hacer frente al cambio de domicilio.

Tras esta decisión, nos encontramos con que la pensión de alimentos que el padre debía abonar para atender a las necesidades de sus hijos quedó fijada atendiendo a los ingresos de los progenitores y a las necesidades de los menores, entre las que se encuentra la de vivienda. Esta necesidad quedaba cubierta con la atribución del uso de la que fue vivienda familiar, que ahora vamos a declarar extinguido. En consecuencia, en aplicación del art. 93 CC y por expresa petición del Ministerio Fiscal ante esta Sala, debe fijarse una nueva pensión de alimentos, en la que se ha de tener en cuenta la necesidad de que se provea a los menores de una nueva vivienda.

De la documental y las pruebas aportadas en primera y segunda instancia se deduce que el padre ingresa (según se declara probado en la sentencia de 1ª instancia) una cantidad que ronda los 3.000 euros al mes si se atiende a su nómina como administrador único de su empresa (el juzgado advierte, en el auto de medidas y en la sentencia de primera instancia que, si bien no pueden confundirse los patrimonios personales y de la empresa tampoco puede desconocerse que las ganancias de la empresa de las que el padre es administrador único repercuten directamente en su situación económica, y en el auto de medidas se constata que si el padre solo dispusiera del dinero "oficial" de su nómina no podría hacer frente a los gastos que refiere; también que él mismo declaró que dispuso de dinero de la sociedad para el matrimonio, si bien dijo que era un préstamo). En el auto de medidas provisionales se fijó una pensión de 375 euros para cada hijo, atendiendo a que la capacidad económica de la madre era totalmente limitada (pues fue despedida por el esposo por carta de 11 de abril de 2017, si bien le había dejado de pagar las nóminas desde el verano de 2016, tal como se acreditó en la reclamación laboral planteada, y tuvo que hacer frente a los gastos con dinero de las cuentas familiares durante unos meses y después con dinero de sus padres), y a los gastos que se aportaron de los menores. La sentencia del juzgado redujo la pensión a 250 euros para cada hijo porque la situación económica de la madre mejoró considerablemente, pues en la fecha de dictado de la sentencia del juzgado percibía unos 500 euros al mes en un trabajo temporal y conviviendo con su nueva pareja que, a fecha de las sentencias, tenía trabajo estable. En fase de apelación la madre se encontraba, según alegaba, en situación de desempleo y de baja laboral, y continuaba conviviendo con su pareja. Consta, como advierte el fiscal, un patrimonio que se deduce de la información obtenida del punto neutro consistente en varios inmuebles, bien de titularidad propia (del padre, que comparte con otros; también de la madre, que comparte con el padre).

Partiendo de que se trata de incrementar la pensión fijada en 250 euros mensuales para contribuir a la necesidad de que se provea a una nueva vivienda, por la razonabilidad de la propuesta y coherencia con los datos que obran en las actuaciones, asumimos la petición del Ministerio Fiscal y establecemos una nueva pensión de alimentos en la cuantía 390 euros por hijo (780 euros), cantidad que será efectiva una vez se produzca el desalojo de la vivienda.

**Séptimo.**

La estimación del recurso de casación determina que no se impongan las costas devengadas por este recurso.

Se mantiene la no imposición de las costas de las instancias.

### **FALLO**

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Juan Alberto contra la sentencia 511/2022, de 19 de septiembre, dictada por la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso de apelación 759/2022, dimanante del juicio de divorcio 281/2017 del Juzgado de Primera Instancia 2 de Moguer.

2.º- Casar la sentencia recurrida en el único sentido de declarar que se deja sin efecto la atribución de la vivienda que fue familiar a los hijos y la madre que los custodia, debiendo abandonarla en el plazo de un año, desde la fecha de la presente sentencia. Se fija una pensión de alimentos a favor de los hijos y a cargo del padre de 390 euros por hijo (780 euros), actualizable y abonable bajo las mismas circunstancias expresadas en la sentencia de primera instancia.

3.º- No imponer las costas de la casación y ordenar la devolución del depósito constituido.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.