



Roj: **STS 1627/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:1627**

Id Cendoj: **28079110012018100264**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2018**

Nº de Recurso: **3232/2017**

Nº de Resolución: **268/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 7932/2017,**
STS 1627/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 268/2028

Fecha de sentencia: 09/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **3232/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/04/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: **3232/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 268/2028

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas



D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 9 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 1 de junio de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.^a), en el rollo de apelación núm. 800/2016, dimanante de los autos de juicio de verbal de modificación de medidas número 766/2015 del Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D. Octavio, representado por el procurador D. Carlos Plasencia Baltés, asistido de la letrada D.^a Ana Dassi Manzanares.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida D.^a Regina, representada por la procuradora D.^a Marta Agudo de la Torre, asistida del letrado D. Jaime Mairata Laviña.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Carlos Plasencia Baltés, en nombre y representación de D. Octavio, formuló demanda de cambio de medidas marcadas por la sentencia de fecha de 22 de noviembre de 2013, contra D.^a Regina, y suplicó al juzgado dictase sentencia en los siguientes términos:

«que habiendo por presentado este escrito junto con sus copias y documentos que se acompañan, acuerde admitirlo y tener por interpuesta SOLICITUD DE MEDIDAS PROVISIONALES CON DEMANDA DE CAMBIO DE MEDIDAS ACORDADAS POR SENTENCIA de fecha 22 de noviembre de 2013 dictada en el procedimiento de referencia, la admita a trámite, se declare competente para conocer de ella y se sustancie por los trámites previstos en la ley de Enjuiciamiento Civil y con intervención del Ministerio Fiscal, previos los trámites legales oportunos, y en su día dicte Sentencia por la que se decrete la modificación de las medidas acordadas por la Sentencia de fecha 22 de noviembre de 2013, adoptándose las siguientes medidas,

»A) La Guarda y custodia de los hijos menores se atribuye a ambos progenitores de forma compartida, manteniendo igualmente el ejercicio compartido de la patria potestad sobre estos, y determinando que los menores estarán una semana completa con cada uno de sus progenitores, desde el viernes a la hora de la salida del centro escolar, hasta el viernes siguiente a la misma hora.

PERIODOS VACACIONALES.

»a. Durante los periodos vacacionales se suspenden las visitas y estancias

previstas para el periodo escolar, a no ser que los progenitores de mutuo acuerdo lo acuerden de manera distinta.

»b. Las vacaciones escolares de Navidad, verano, Semana Santa serán disfrutadas conforme marca la Sentencia de Divorcio

» El progenitor que no tenga en su compañía a los menores podrá comunicarse con estos por cualquier método telefónico, telemático (correo electrónico, videoconferencia, etc.) o por correo.

» El progenitor con quién se encuentren los menores en ese momento deberá informar a la mayor inmediatez al otro progenitor sobre enfermedades, estado de salud, posibles tratamientos médicos a aplicar en los menores, así como cualquier otra circunstancia de interés relevante en la evolución o vida de estos.

GASTOS DE LOS MENORES

»Se suprimirá la actual pensión de alimentos a favor de los menores.



- » Alimentos y gastos generales. Cada progenitor se hará cargo de todos los gastos ordinarios de los menores mientras les tengan en su compañía. En esta categoría se incluyen los gastos de alimentación, transporte, ocio, gastos de vivienda, gastos de farmacia ordinarios -esto es, productos comunes como pomadas, jarabes, antipiréticos y similares, productos de higiene personal, etc.- que, con o sin receta médica, sean de uso habitual o previsible y de coste poco relevante, y cualesquiera otros de carácter cotidiano u ordinario que requieran.
- » Ropa. Cada progenitor contará en su domicilio con vestuario propio para los menores, siendo a su cargo la compra de la ropa y el calzado que considere oportuno para su total autonomía con independencia del vestuario del que dispongan los menores en el domicilio del otro progenitor.
- » Gastos escolares. Serán al 50% todos los gastos escolares incluyendo matrícula, mensualidad, libros, material escolar, uniforme y cualquier otro gasto escolar que los niños pudieran requerir, tanto ordinario como extraordinario. En cuanto a servicios opcionales del centro escolar tales como comedor, ruta o "entrada temprana", serán también costeados al 50% si los menores hicieran uso de ellos a requerimiento de ambos progenitores; si alguno de dichos servicios fueran requeridos solo por uno de los progenitores, éste se hará cargo del total del importe correspondiente.
- » Actividades extraescolares. Serán al 50% aquellas actividades que sean acordadas por ambos padres, ya sean del colegio o ajenas al mismo, cualquiera que sea su naturaleza (académica, deportiva, lúdica,...). Cualquier actividad no consensuada por los padres, correrá a largo íntegramente del progenitor que decida unilateralmente su realización. En cualquier caso, el progenitor que sugiera la realización de cualquier actividad deberá hacerlo por escrito, sin perjuicio de que lo haga también verbalmente, y el otro progenitor deberá manifestar expresamente, respondiendo al email recibido, su acuerdo o desacuerdo.
- » Servicios médicos y medicamentos. Serán al 50% los gastos correspondientes a actos médicos, medicamentos, pruebas radiológicas, análisis de cualquier tipo, odontología, rehabilitaciones, elementos ortopédicos, gafas, etc..., siempre que éstos no estuvieran cubiertos por la seguridad social. Asimismo serán al 50% dichos gastos cuando, estando cubiertos por la seguridad social los progenitores hubieran acordado recurrir a otros servicios de pago.
- » Se entenderá por medicamentos aquellos que requieran los niños en tratamientos específicos de dolencias sobrevenidas de cierta gravedad y/o persistencia prolongada en el tiempo, ya sean crónicas o puntuales, prescritos con receta médica, y con un coste de cierta relevancia; en otro caso, tendrán la consideración de artículos de farmacia ordinarios.
- » Dichos gastos médicos serán abonados por ambos progenitores por la simple existencia de informe médico que lo marque.
- » Gastos extraordinarios. Será al 50% cualquier otro tipo de gasto que pudieran requerir los menores con carácter extraordinario, imprevisto o no recogido en las tipologías anteriores. Cualquier gasto extraordinario no consensuado por los padres, correrá a cargo íntegramente del progenitor que decida unilateralmente realizarlo, salvo que sea de necesidad o no hubiese habido posibilidad de comunicación.

FORMA DE PAGO DE LOS GASTOS DE LOS MENORES.

- » Los progenitores abrirán una cuenta bancaria a nombre de los menores encontrándose ambos autorizados mancomunadamente, para la domiciliación de gastos recurrentes. Elegirán, para ello Una entidad bancaria libre de comisiones (ING o similar) y su administración será mancomunada. En dicha cuenta se hará un ingreso extraordinario inicial de 250 euros por cada uno de los progenitores, a efectos de mantener el saldo positivo de la misma. Mensualmente, en los cinco primeros días de cada mes los progenitores deberán ingresar la mitad de los gastos escolares y de cualquier otro gasto conjunto que pudiera recaer en el mes.
- » En dicha cuenta serán domiciliados exclusivamente los recibos escolares, así como los de actividades extraescolares y de cualquier otro concepto acordado por los progenitores previamente y de mutuo acuerdo.
- » No se permiten retiradas de efectivo de la cuenta indicada. Asimismo no se permiten cargos en cuenta que no hayan sido previamente aceptados por ambos progenitores.

USO DEL INMUEBLE FAMILIAR.

- » Se otorgue el uso del inmueble familiar a mi patrocinado por las razones expuestas en el cuerpo de este escrito, dejando a la madre un plazo de dos semanas para abandonar el inmueble, teniéndose en cuenta que solo podrá retirar del mismo su ropa y enseres personales, al ser propiedad del Sr. Octavio todos los muebles y electrodomésticos habidos en su interior.»



2.- La procuradora de los tribunales D.^a Marta Agudo de la Torre, en nombre y representación de D.^a Regina , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

«dictar sentencia desestimatoria de la demanda declarando no haber lugar a modificar la sentencia dictada por este Juzgado, con fecha 22 de noviembre de 20113, bajo el nº de autos 573/2013, en el particular atinente al cambio en la guarda y custodia de los menores, al no concurrir cambio sustancial de las circunstancias tomadas en consideración, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

3.- El Juzgado de Primera Instancia nº 27 de Madrid, dictó sentencia el 14 de diciembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«QUE ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda formulada por la representación procesal de D. Octavio frente a Dña. Regina procede modificar las medidas definitivas acordadas por sentencia de fecha 22 de noviembre de 2013 dictada por este Juzgado en el procedimiento divorcio contencioso 573/2013, siendo de aplicación las medidas que se establecen a continuación:

»1. La patria potestad será ejercida por ambos progenitores.

»2. La guarda y custodia de los hijos menores Jose María y Rita será compartida por ambos progenitores, del siguiente modo (salvo acuerdo entre las partes):

»a. Los menores estarán en compañía de cada uno de los progenitores por semanas alternas, de lunes a lunes. El progenitor al que le corresponda la custodia durante esa semana, deberá recoger a los menores el lunes a la salida del colegio y reintegrarles el lunes siguiente en el centro escolar.

»b. El progenitor no custodio durante esa semana, podrá disfrutar de la compañía de sus hijos los miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas, debiendo reintegrar a los menores en el domicilio del custodio durante esa semana.

»Este régimen se suspenderá durante las vacaciones escolares, que serán repartidas entre ambos progenitores del siguiente modo:

» Navidad: el primer periodo de vacaciones de Navidad será el comprendido desde las 11 horas del primer día de vacaciones escolares hasta las 20 horas del 30 de diciembre. El segundo período será el comprendido desde las 20 horas del día 30 de diciembre hasta las 20 horas del último día de vacaciones escolares. Le corresponderá a la madre el primer período vacacional en los años pares y al padre los impares.

» Semana Santa: le corresponderá íntegra a cada progenitor de forma alterna, correspondiéndole a la madre en los años pares y al padre en los impares.

» Semana Blanca: si los menores tuvieran vacaciones escolares durante la semana blanca, le corresponderá íntegra a cada progenitor de forma alterna correspondiéndole a la madre en los años impares y al padre en los pares. '

» Verano: se dividirá en dos períodos:

» El primer período, desde las 11 horas del primer día no lectivo hasta las 20 horas del 31 de julio.

» El segundo período, desde las 20 horas del 31 de julio hasta las 20 horas del último día no lectivo.

En los años pares, la madre estará con sus hijos en el primer período en los años pares, y en los años impares estará con sus hijos en el segundo período (y el padre a la inversa), salvo acuerdo en contrario.



»3. El uso de la vivienda familiar sita en la CALLE000 n° NUM000 , NUM001 de esta ciudad, y del ajuar doméstico, se atribuye a Dña. Regina .

»4. Los progenitores deberán satisfacer las necesidades de alimentos ordinarias de sus hijos menores mientras estén bajo su guarda. Para los restantes gastos ordinarios (matrícula del colegio, material escolar, ropa, actividades extraescolares a las que acudan los menores con el consentimiento de ambos progenitores, gastos médicos ordinarios,...) deberá abrirse una cuenta a nombre de los menores en la que el progenitor paterno (D. Octavio) deberá ingresar la cantidad de 250 euros/mes, y la progenitura materna (Dña. Regina) la cantidad de 100 euros/mes. Este ingreso deberá producirse entre los días 1 y 5 de cada mes. El primer pago deberá realizarse en enero de 2016.

»La citada cuenta corriente estarán autorizados mancomunadamente ambos progenitores. Se podrán domiciliar en la cuenta los gastos del centro escolar y de las actividades extraescolares acordadas de común acuerdo por ambos progenitores, así como cualquier otro gasto de los menores siempre que exista el acuerdo de ambos progenitores.

»En cuanto a los gastos extraordinarios, entendido por tales, los imprevisibles, no periódicos y los médicos no cubiertos por la seguridad social o mutua médica equivalente, deberán satisfacerse en un 70% por el padre y en el 30% restante por la madre. Se requerirá el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, el de la autoridad judicial para realizar los gastos extraordinarios.

»5. No se hace expresa imposición de costas.»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Octavio , correspondiendo conocer de él a la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 1 de junio de 2017 , con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso de apelación formulado por D. Octavio y desestimando la impugnación formulada por Dña. Regina contra la Sentencia dictada en fecha 14 de diciembre de 2015, por el Juzgado de Primera Instancia nº 27 de los de Madrid , en autos de modificación de medidas seguidos, bajo el nº 766/2015, entre dichos litigantes, debemos confirmar y confirmamos la resolución impugnada.»

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

1.- La representación procesal de d. Octavio , interpuso recurso de casación en un único motivo, al amparo del art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración o aplicación indebida del art. 96 del Código Civil , en relación a los arts. 348 del mismo cuerpo legal y el art. 33 de la Constitución .

2.- La sala dictó auto el 13 de diciembre de 2017 con la siguiente parte dispositiva:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Octavio , contra la sentencia dictada con fecha 1 de junio de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación núm. 800/2016 , dimanante de los autos de juicio de verbal de modificación de medidas número 766/2015 del Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid.

»2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que por la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría. Transcurrido dicho plazo, dese traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal.»

3.- El Ministerio Fiscal interesó la estimación parcial del recurso.

4.- La representación procesal de D.ª Regina , formalizó su oposición al recurso formulado de contrario.

5.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 25 de abril de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de Antecedentes.*

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- El aquí recurrente interpuso demanda de modificación de las medidas aprobadas por sentencia de 22 de noviembre de 2013 (la cual en esencia estableció la custodia materna de los menores, el uso de la vivienda familiar a los hijos menores y a la madre, y fijó una pensión de alimentos de 300 euros mensuales por cada hijo, que transcurridos doce meses, se reduciría a 225 euros por menor), interesando la custodia compartida



de los hijos menores de edad, (nacidos en 2005, y 2008), y la atribución para sí del uso de la vivienda familiar al ser de su propiedad, y satisfacción de los gastos de los menores al 50% por cada progenitor.

La demandada contestó a la demanda, oponiéndose a la demanda.

2.- La sentencia de primera instancia, de fecha 14 de diciembre de 2015, estimó parcialmente la demanda, estableciendo el régimen de guarda y custodia compartida a ambos progenitores, por semanas alternas. Cada uno de los progenitores se hará cargo de los alimentos de los menores cuando los tenga consigo, y para los restantes gastos ordinarios (que detalla) se abrirá una cuenta a nombre de los menores en que el padre ingresará 250 euros al mes y la madre, 100 euros al mes, siendo los gastos extraordinarios a satisfacer en la siguiente proporción, 70% padre y 30%, la madre, y atribuye el uso de la vivienda familiar, propiedad del ex esposo, y ajuar, a la esposa.

La justificación que ofrece la sentencia para atribuir a D.^a Regina el uso de la vivienda familiar, a pesar de ser bien privativo de D. Octavio es la siguiente:

«Dña. Regina carece de inmuebles de su propiedad y sólo: recibe 420 euros de ingresos mensuales derivados de su actividad laboral. Por el contrario, D. Octavio tiene unos ingresos de 2.000 euros mensuales (aproximadamente) y reside actualmente en la vivienda de su hermana. Según ha declarado el propio D. Octavio, su hermana le ha dejado residir en la vivienda: ya que ella se ha tenido que ir a Estados Unidos donde estará, al menos, durante este curso escolar. Además, D. Octavio no abona ningún importe a su hermana uso de la vivienda, ni siquiera los relativos a los suministros. Con anterioridad a disponer de esta vivienda, D. Octavio vivía en el domicilio de sus padres, en el que los hijos menores disponían de una habitación cada uno para los días que tenían que pernoctar junto con el progenitor paterno.

»Esta diferencia en las circunstancias de cada progenitor motiva que Dña. Regina siga ostentando el uso de la vivienda familiar. Dña. Regina carece de alternativa habitacional (sus padres viven en Madrid pero su padre está enfermo y no podría trasladarse con sus hijos a vivir allí). Además, el bienestar e interés superior de los menores, hace necesario atribuir el uso de la vivienda familiar a la madre para garantizar que los menores tengan un domicilio en perfectas condiciones cuando deban estar en compañía de su madre.»

3.- El padre demandante recurrió en apelación la sentencia, reclamando la atribución de la vivienda familiar a su favor y que la contribución a los gastos de los menores lo sea al 50%.

La demandada se opuso al recurso e impugnó la sentencia, reclamando que no se modifique las medidas acordadas en su día en sentencia de divorcio, al no haberse producido un cambio de circunstancias, siendo estas las mismas que al dictado de aquella, señalando que carece de vivienda y patrimonio, y sus ingresos son de 420 euros mensuales y trabaja como peluquera desde abril de 2014.

4.- Correspondió conocer del recurso de apelación a la sección vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid, que dictó sentencia el 1 de junio de 2017 por la que desestimó el recurso formulado por el demandante, así como la impugnación deducida por la demandada.

5.- La Audiencia, en lo relevante para el recurso, sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, fija como hechos los siguientes:

«La recurrida precisa que no tiene otra vivienda y que en la casa de sus padres -su padre está enfermo- no puede, que hay una persona que lo cuida durante 24 horas y el apelante explica que vive en casa de sus padres, que está cerca del colegio y de la casa donde viven los niños. "Que en casa de sus padres tienen habitación cada uno. Que allí sólo viven sus padres" si bien añade que en caso de "custodia compartida solo podría. estar en Monte Carmelo este curso escolar hasta que viva su hermana en Estados Unidos. Que no le paga nada a -su hermana por estar- en la vivienda".

»En lo tocante a la disponibilidad económica de la interesada, la demandada dice en el acto de la vista oral - y así se acudirá por el documento registral unido a los autos - que estaba en una sociedad de, sus padres y sus hermanas -Peluquería Emanuel SL- que tenía participaciones desde los 8 años, negando que trabajara en la empresa, admitiendo que su padre le enseñó el oficio, pero que nunca, le ha pagado declarando que vendió sus participaciones a sus padres en el año 2014 por que su padre estaba enfermo y "lo van a jubilar". Precisa que ese local de su padre ahora está alquilado, lleva dos o tres años" y que se recibe un alquiler, que "es un negocio de su padre y no pide cuentas". Niega que trabaje, peinando a domicilio."

»Consta, en realidad, que la interesada percibe una nómina de 420 euros mensuales -teniendo una antigüedad en el empleo desde el 1 de abril de 2014 -por las 4 horas ordinarias de trabajo durante 5 días a la semana,



corroborándose ese externo por la declaración fiscal del IRPF del año 2014 que refleja un rendimiento neto de 4505,15 euros lo que cifra sus recursos en un promedio, mensual de 575 euros al mes, en tanto el padre presenta nóminas de 2018,38 euros, 2033,53 euros en su condición de director y con una antigüedad en la empresa que se remonta a enero de 1997, Y en el anterior ejercicio fiscal el padre tiene reconocido un rendimiento neto de 28.525,80 con una cuota resultante de autoliquidación de 3533,30 euros lo que comporta unos ingresos mensuales de 2082,70 euros, siendo los del siguiente año 29,225,85 euros por el primer concepto y una, cuota resultante de autoliquidación de 2502,26 euros lo que promedia sus 'ingresos, en este en un importe mensual de 2143,63 euros.»

6.- A partir de tales circunstancias, concluye la sentencia de apelación que la madre demandada no puede procurarse un alojamiento para residir junto a los hijos en los periodos en que le corresponda cuidar y atender a los menores, por más que el padre haya de afrontar también el pago de los gastos derivados de la hipoteca del inmueble de su propiedad.

7.- La representación procesal del demandante-apelante interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación, que articuló en un motivo único en los siguientes términos:

Al amparo del art. 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración o aplicación indebida del art. 96 del Código Civil , en relación a los arts. 348 del mismo cuerpo legal y el art. 33 de la Constitución , en la interpretación contenida en las sentencias de la excelentísima Sala Primera del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2014 (sentencia nº 593/2014) como en la sentencia de fecha 21 de julio de 2016 (sentencia nº 522/2016) 29 de mayo de 2015, sentencia del pleno de la Sala Primera de 5 de septiembre de 2011 , así como las sentencias de fechas 11 de febrero de 2016 (sentencia nº 51/2016) 16 de septiembre de 2016 (sentencia nº 545/2016) 23 de enero de 2017 (sentencia 42/2017), en el sentido de que procedería determinar una temporalidad en el uso de la vivienda privativa atribuido a la esposa, como interés más necesitado de protección, en un supuesto en que se ha acordado la guarda y custodia compartida, habiéndose resuelto en contra a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo de fijación temporal (de no más de dos años) de dicho uso en la atribución de la vivienda de titularidad privativa de un progenitor, conforme al arts. 96.3 del Código civil , aplicable en estos casos, el cual exige que el plazo de uso que se otorgue sea prudencial.

A través del recurso solicita que el plazo de uso conferido a D.ª Regina lo sea de seis meses, y en cualquier caso no superior a dos años, por ser el interés más digno de protección, disponiendo esta de trabajo, edad, apoyo familiar, cualificación y formación profesional

8.- La sala dictó auto el 13 de diciembre de 2017 en el que acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida se opuso a él, si bien alegó previamente su inadmisibilidad por no respetar la base fáctica de la sentencia recurrida.

9.- El Ministerio Fiscal, con cita actualizada de la doctrina de la sala, interesó la estimación parcial del recurso y consideró que debe fijarse un límite temporal del uso de la que fue vivienda familiar, y propiedad del recurrente, por un plazo de dos años a la parte recurrida, que es un tiempo prudencial.

SEGUNDO.- *Decisión de la Sala.*

1.- Ante todo cabe decir que la parte recurrente plantea una cuestión eminentemente jurídica, por incorrecta aplicación en la sentencia recurrida de la doctrina de la sala en materia de atribución y uso de la vivienda familiar cuando la guarda y custodia de los hijos es compartida.

Por tanto no puede tener acogido el óbice de admisibilidad del recurso, pues no se plantea una revisión de los hechos declarados probados.

2.- La doctrina de esta sala, como recoge la sentencia nº 183/2017 de 14 de marzo , es reiterada en el sentido siguiente:

(i) «el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin



hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC» (sentencias 593/2014, 24 de octubre ; 434/2016, 27 de junio , 522/2016, 21 de julio , entre otras).

(ii) «esta Sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a los menores y al padre o madre que con él conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil , aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a los menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015; rec. 545 de 2014).»

3.- La sala ha considerado procedente la atribución temporal de la vivienda, que fue familiar, al progenitor no titular, que sería el caso, en supuestos de custodia compartida.

Expone los criterios para llevar a cabo la labor de ponderación la sentencia 593/2014, de 24 de octubre .

La sentencia 522/2016, de 21 de julio sigue el mismo criterio para un caso en el que la vivienda era privativa del esposo y en el que la sentencia recurrida, atendiendo a la mala situación económica de la madre, atribuyó a la esposa el uso de la vivienda hasta que la hija alcanzase la mayoría de edad: se fija un plazo de dos años desde la sentencia de casación lo que, en la práctica, dio lugar a que, en el caso resuelto por la sentencia citada, contando el tiempo en que había venido disfrutando del uso de la vivienda en virtud de las medidas provisionales, la esposa dispusiera de un período de seis años para restablecer su situación económica.

Hay que armonizar el interés del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado con los de los hijos a comunicarse con su madre en otra vivienda, para lo que es preciso una etapa de transición, según la doctrina citada, que la sentencia recurrida no ha respetado.

Procede, pues, estimar el recurso de casación, ya que prorrogar la actual situación de un modo desproporcionado no se ajustaría a nuestra doctrina. Si se fija un plazo de tres años desde nuestra sentencia, la madre tendrá tiempo suficiente para buscar una vivienda digna, en atención a sus capacidades laborales, y los hijos tendrán una edad más propicia para que la madre concilie sus intereses laborales y familiares a la hora de atender los cuidados de ellos (sentencia 42/2017 de 23 de enero).

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC , no se imponen las costas del recurso a la parte recurrente.

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Octavio , contra la sentencia dictada con fecha 1 de junio de 2017 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación núm. 800/2016 , dimanante de los autos de juicio de verbal de modificación de medidas número 766/2015 del Juzgado de Primera Instancia número 27 de Madrid.

2.º- Casar la sentencia recurrida en el sentido de que el uso de la vivienda familiar, atribuido a D.ª Regina , lo sea por plazo de tres años a partir del dictado de la presente sentencia.

3.º- No se impone a la parte recurrente las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.

J