



Roj: **STS 1660/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:1660**

Id Cendoj: **28079110012019100277**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2019**

Nº de Recurso: **236/2018**

Nº de Resolución: **284/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 1455/2017,**
STS 1660/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 284/2019

Fecha de sentencia: 23/05/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 236/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/04/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a

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

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 236/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 284/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 23 de mayo de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, como consecuencia de autos de juicio verbal sobre divorcio contencioso n.º 964/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Valladolid; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Dña. Zaida , representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales Dña. Paula Mazariegos Luelmo, bajo la dirección letrada de Dña. Alejandra Pizarro Nogues y el interpuesto por el Ministerio Fiscal; siendo parte recurrida D- Marino , representado por la Procuradora de los Tribunales Dña. Silvia Virto Bermejo, bajo la dirección letrada de D. Alberto Cuadrado Toquero Icava.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia.

1.- La representación procesal de Dña. Zaida , interpuso demanda contenciosa de divorcio contra D. Marino en la que solicitaba se dictara sentencia en la que se declare:

"1º.- La guarda y custodia de los tres hijos menores del matrimonio, Amelia , Leovigildo y Pablo , se atribuye a la madre. Sin perjuicio de ello la patria potestad será ejercida conjuntamente por ambos progenitores, que adoptarán de común acuerdo y velando siempre por su interés, todas las decisiones de trascendencia que afecten a los dos menores, decidiendo en casos de falta de acuerdo la autoridad judicial. El progenitor que en cada momento se encuentre en compañía de los hijos podrá adoptar decisiones respecto a los mismos sin previa consulta, siempre que exista una situación de urgencia, o en aquellas decisiones diarias poco trascendentes o rutinarias que en el día a día puedan producirse.

"2º.- Como régimen de visitas y estancias de los hijos menores con el progenitor no custodio se establece lo siguiente:

"A).- Fines de semana: Los menores estarán en compañía de cada uno de sus progenitores los fines de semana alternos, desde el viernes a las 20:30 hasta el domingo a las 21 horas. El lugar de recogida y vuelta de dichos menores siempre será el domicilio de los mismos, en el de la abuela materna si es que Dña. Zaida está cubriendo su turno de atención a su madre enferma o donde estos se encuentren. En cualquier caso se comunicará al otro el lugar con la suficiente antelación.

"B).- Puentes o fines de semana con día festivo unido: Los puentes o fines de semana con día festivo unido corresponderán al progenitor al que le corresponda el turno ordinario de fin de semana afectado por dicho puente o por dicho festivo (viernes o lunes) unido. En cuanto a los días festivos que queden intercalados entre semana sin originar puente, corresponderán correlativamente al padre o a la madre según quién haya disfrutado el último de la compañía de los menores en la fecha idéntica anterior. El primero de dichos festivos que el calendario ofrezca a la entrada en vigor del presente convenio corresponderá a la madre. En los días en que sea al padre a quién corresponda la compañía de los menores, el mismo recogerá a ambos en su domicilio a las 11 horas y los devolverá al mismo lugar a las 20 horas.

"C).- Vacaciones de Navidad: Los menores estarán en compañía del padre en los años pares, durante el periodo vacacional que transcurre entre los días 23 de diciembre y 30 del mismo mes, pasando a estar en compañía de la madre en el periodo inmediatamente posterior, esto es, desde el día 31 de diciembre al 7 de Enero.

"En los años impares, estarán con la madre durante el periodo vacacional que transcurre entre los días 23 de diciembre y 30 del mismo mes, pasando a estar en compañía del padre en el periodo inmediatamente posterior, esto es, desde el día 31 de diciembre al 7 de enero.

"En cuanto al día de Reyes Magos (6 de enero), desde las 10 de la mañana del mismo y hasta las 13,30 horas estarán los tres menores en compañía de su padre, volviendo los menores a su domicilio a dicha hora para comer y ya pasar con su madre el resto de dicho día festivo.

"D).- Vacaciones de Semana Santa: Dicho periodo vacacional se distribuirá en dos tandas de 5 días cada una, escogiendo la madre en los años pares y el padre en los años impares qué tanda vacacional van a pasar con los hijos.

"De tal forma, o bien el padre o la madre estará con los menores desde las 20 horas del viernes en que se inician las vacaciones escolares (Viernes de Dolores) hasta las 21 horas de la tarde del Miércoles Santo, momento



en que los menores se irán a estar en compañía del otro progenitor, hasta las 21 horas de la tarde del Lunes de Pascua, en donde regresarán, si están con el padre, al domicilio de los menores.

"E).- Vacaciones de verano: El periodo vacacional estival de los menores se fracciona en quincenas (del 1 al 15 de Julio, del 16 al 31 del mismo mes, del 1 al 15 de agosto y del 16 al 31 del mismo mes), de tal manera que tanto el padre como la madre alternen dichos periodos a lo largo de todas las vacaciones, escogiendo la madre el orden en los años pares y el padre en los años impares.

"Dicho calendario se adaptará a las posibles actividades que los menores puedan disfrutar en dicho periodo (campamentos, colonias, cursos en el extranjero, etc) y que por sus circunstancias (desplazamientos, etc) puedan exigir una alteración del calendario señalado en el párrafo anterior.

"F).- Estancias con el progenitor no custodio entre semana y cumpleaños.- El padre recogerá a los menores a la salida del colegio los martes, pernodiando con él y llevándolos al colegio el miércoles por la mañana.

"Sin dejar de cumplir con sus tareas y horarios, los tres menores pasarán la mitad del día, de 10:00 a 16:00 horas, (en caso de no lectivo), o la tarde, desde la salida del colegio y hasta las 21:00 horas, con el progenitor que cumpla años.

"Con respecto al día del cumpleaños de cada uno de los menores, y siempre los tres juntos, en caso de días lectivos, estarán dos horas, desde la salida del colegio, con el progenitor no custodio, y en caso de caer en día no lectivo, desde las 10:00 hasta las 16:00 horas.

"3°.- El uso y disfrute del domicilio conyugal se atribuye a los tres hijos menores del matrimonio, Amelia , Leovigildo y Pablo , y por ende a la esposa, así como el ajuar doméstico sin perjuicio de que el esposo retire sus efectos personales. Dicho uso se atribuye hasta la independencia económica de los tres hijos. El préstamo hipotecario se seguirá afrontando al 50% por ambos cónyuges hasta la total amortización de la hipoteca.

"4°.- El padre abonará, en concepto de pensión de alimentos a favor de los hijos menores la cantidad de 400 euros mensuales para cada uno de ellos, total 1.200 euros.

"Dicha cantidad deberá ser ingresada en los cinco primeros días de cada mes en la siguiente cuenta bancaria número NUM000 .

"La citada cantidad será actualizada cada año en virtud del IPC que se publique a nivel oficial, realizándose la primera actualización al año justo de la firmeza de la sentencia de divorcio.

"5°.- En cuanto a los gastos, cada cónyuge asumirá de su bolsillo los gastos ordinarios o habituales que exijan los dos hijos menores durante su convivencia con cada uno de ellos.

"Los gastos extraordinarios o fuera de lo común, esto es, todos los realizados para atender adecuadamente las necesidades de los menores relacionadas con su salud física o psíquica, su educación, formación u ocio y resulten necesarios o, al menos, convenientes para el interés o beneficio del hijo, en particular son todos los gastos sanitarios necesarios no cubiertos por el sistema público de salud de la Seguridad Social o cualquier otro sistema privado de previsión concertado por los progenitores, como las prótesis ópticas, (gafas, lentillas o similares), prótesis dentarias, (aparatos correctores como los brackets, colocación de piezas dentales nuevas, etc.), aparatos ortopédicos, (plantillas, muletas, andadores etc.), los servicios o tratamientos dentales (endodoncia, desvitalización etc.) y en general, los tratamientos de logopedia, psicología, psiquiatría e intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo; en cuanto a los gastos educativos, se incluyen los libros de texto de comienzo de curso, uniformes, las clases particulares de los menores que sean de apoyo a alguna asignatura y las clases de idiomas.

"Asimismo se abonarán por mitad los libros de principio de curso, los uniformes, el calzado, y las actividades extraescolares que en estos momentos llevan a cabo los hijos: deporte, guitarra, baile moderno, scouts, campamentos y excursiones.

"6°.- Declare disuelta la sociedad legal de gananciales formada por los litigantes.

"Y una vez firme la sentencia dictada, acuerde expedir los mandamientos oportunos para la inscripción de la misma en el Registro Civil correspondiente, pues todo ello es de Justicia que pido y firmo en Valladolid, a 30 de Octubre de 2015".

2.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó al demandado y al Ministerio Fiscal para que comparecieran en autos y contestarán a la misma en el plazo de 20 días.

3.- El Ministerio Fiscal contestó a la demanda y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó interesando Juzgado:



"...dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".

4.- La representación procesal de don Marino contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando:

"... se declare haber lugar al divorcio, determinándose los siguientes efectos:

"GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

"LA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA y USO DEL DOMICILIO CONYUGAL.

"El uso de la vivienda entendemos debe de atribuirse a los menores siendo los padres los que alternen su entrada y salida de la misma y en todo caso dados los ingresos de ambos y en consonancia con lo manifestado por la Ilma, Audiencia Provincial de Valladolid entre otras en Sentencia de 18 de febrero de 2013 , ser solicita se fije un uso temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales a los efectos de compatibilizar el interés de los hijos y el de los padres.

"GUARDA Y CUSTODIA: Por quincenas, permaneciendo los menores en el domicilio conyugal siendo los progenitores los que se alternen para su desarrollo en la vivienda.

"La quincena que un progenitor no tenga atribuida la guardia y custodia tendrá derecho a un régimen de visitas consistente en un fin de semana desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20:00 horas que deberán de ser devueltos al domicilio conyugal.

"Así, a los efectos de evitar al máximo un distanciamiento con los menores, independientemente de con quién pernocten y quien tenga la guardia y custodia en cada quincena, el que no tenga asignada la custodia los tendrá en su compañía una tarde intersemanal con preaviso de 48 horas, desde la salida del colegio hasta las 21:00 horas.

"Los días de los cumpleaños del padre y de la madre que coincida con el fin de semana se alterará el régimen de fines de semana para que ese día el menor pueda estar con el progenitor que celebre el cumpleaños.

"En cuanto al cumpleaños de los menores, si caen en un día de diario pasará la tarde con el progenitor con quien no se encuentre y si se tratara de fin de semana, pasará el día entero.

"Las vacaciones escolares de los menores de dividirán por mitad, las estivales se disfrutarán por quincenas, escogiendo en todo caso el padre en los años pares y la madre en los años impares.

"En cuanto a las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, uno del día 23 al 30 de diciembre, ambos inclusive y otro del 31 de diciembre al seis de enero. En todo caso el día de Reyes el cónyuge al que no le corresponda tendrá derecho a 3 horas con los menores, desde las 17:00 horas hasta la 20:00 horas.

"La entrega y retirada de los menores se efectuará en el domicilio conyugal.

"Teniendo ambos padres ingresos parejos no procede fijar pensión de alimentos alguna, correspondiendo por mitad los gastos generados por estudios y gastos médicos no cubiertos por la seguridad social."

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Valladolid, dictó sentencia con fecha 18 de octubre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda de divorcio interpuesta por DOÑA Zaida frente a DON Marino , debiendo declarar disuelto por divorcio el matrimonio entre las partes con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, adoptando como medidas complementarias definitivas las siguientes:

"1.º) La disolución del matrimonio de ambos cónyuges, cesando la presunción de convivencia conyugal.

"2.º) La revocación de consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

"3.º) Se declara disuelto el régimen económico del matrimonio hasta ahora subsistente de sociedad de gananciales sin perjuicio de ulterior liquidación.

"4.º).- Patria Potestad compartida. Haciendo hincapié que cualquier decisión de los menores y al mantener ambos progenitores el ejercicio conjunto de la patria potestad deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a sus hijas adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme al interés prioritario de los menores deban conocer ambos padres Deberán establecer el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias obligándose a respetarlo y cumplirlo. Ambos padres participarán en las decisiones que con respecto a sus hijos tomen en el futuro siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en el ámbito



escolar en el sanitario. Sobre esa base se impone la intervención de ambos padres en decisiones relativa al cambio de centro escolar o cambio del modelo educativo. Se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto cómo si está cubierto por algún seguro.

"Los padres deberán ser informados por terceros de todos aquellos aspectos que afecten a sus hijos y concretamente tienen derecho a que se les facilite a los dos toda la información académica, y los boletines de evaluación e igualmente tienen derecho a obtener información a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del centro escolar tanto si acuden los dos como si lo hacen por separado.

"De igual manera tienen derecho a obtener información médica de sus hijas y a que se les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

"El progenitor que en ese momento se encuentre en compañía de los menores podrá adoptar decisiones respecto a las mismas sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o rutinarias que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.

"5.º) Guarda y custodia de los menores Amelia , Leovigildo y Pablo se atribuye a doña Zaida .

"6.º) Régimen de visitas: régimen ordinario y extraordinario se eleva a definitivo lo establecido en el auto de fecha 22 de diciembre de 2015.

"7.º) Pensión de alimentos el Sr. Marino abonará la cantidad de 590 euros mensuales por los menores, en la cuenta que designe la actora dentro de los cinco días de cada mes, actualizable conforme al IPC u Organismo que le sustituya.

"8.º) Gastos extraordinarios Ambos progenitores deberán satisfacer la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de los menores, sanitarios, no cubiertos por la seguridad social o seguro privado, y educacionales, consistentes en clases necesarias para superar asignaturas troncales recomendadas por el centro escolar. El resto de actividades extraescolares o gastos extraordinarios serán abonados por mitad siempre y cuando medie previo acuerdo o, en su defecto previa autorización judicial, salvo que por su urgencia no fuera posible su obtención.

"9.º) Atribución del uso del domicilio familiar, sito en la URBANIZACION000 ", C/ DIRECCION000 número NUM001 , DIRECCION001 , NUM002 Valladolid, se otorga a la madre doña Zaida y a los menores hasta que Pablo hijo cumpla 18 años. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de modificación de estas medidas si se produce variación sustancial de las circunstancias de conformidad con lo establecido en el artículo 775.1 de la LEC .

"Y todo ello, sin hacer expresa condena en costas."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Marino y sustanciada la alzada, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia con fecha 27 de mayo de 2016 , cuyo fallo es como sigue:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto a nombre de Don Marino y parcialmente la impugnación formulada a nombre de Doña Zaida contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Valladolid en fecha 18 de octubre de 2016 , en los autos a que se refiere este rollo, debemos revocar parcialmente la aludida resolución en los siguientes particulares:

"- Asignamos el uso de la vivienda familiar a Doña Zaida y a los hijos menores matrimoniales hasta el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales.

"- En cuanto al régimen de visitas:

"a) Las vacaciones de navidad se dividirán en dos mitades. La primera abarcará desde el último día lectivo escolar a la salida del colegio hasta el día 30 de diciembre a las 21 horas. La segunda desde las 21 horas del día 30 de diciembre hasta el último día de las vacaciones escolares a las 21 horas.

"b) Las vacaciones de semana santa se dividirán en dos periodos. El primero abarcará desde el último día lectivo escolar a la salida del colegio hasta las 21 horas del miércoles santo. El segundo abarcará desde las 21 horas del miércoles santo hasta el último día de las vacaciones escolares a las 21 horas.



"c) Las vacaciones de verano se dividirán por quincenas los meses de julio y agosto. Los días de vacación estival del mes de junio los menores estarán en compañía del progenitor al que le corresponda estar con ellos la primera quincena de julio.

"Los días de vacación del mes de septiembre los menores los pasarán en compañía del progenitor al que le corresponda estar con ellos la segunda quincena del mes de agosto.

"En caso de desacuerdo corresponderá la elección de los distintos periodos vacacionales al padre los años pares y a la madre los años impares.

"La elección del periodo vacacional que corresponda se hará por un medio que permita dejar constancia de su envío y recepción, como sms o correo electrónico, con 20 días de antelación a cada período vacacional.

"Confirmamos los restantes extremos del fallo recurrido y no hacemos expresa imposición de las costas de esta alzada."

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.

1.- La procuradora doña Paula Margarita Mazariegos Luelmo, en nombre y representación de doña Zaida interpuso recurso de casación fundado en los siguientes motivos.

1. Por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal supremo sobre el artículo 96.1 del Código Civil .
2. Se funda en la infracción de la misma doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el artículo 96.1 en relación con los artículos 142 , 146 y 147 del Código Civil .

2.- El Ministerio Fiscal interpuso asimismo recurso de casación por interés casacional al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , por vulneración del artículo 96.1 CC y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Por esta sala se dictó auto de fecha 23 de enero de 2019 por el que se acordó la admisión de los recursos y dar traslado de los mismos a la parte recurrida, que se opuso a su estimación mediante escrito presentado en su nombre por la procuradora doña Silvia Virto Bermejo.

QUINTO.- No habiéndolo solicitado las partes ni considerándolo preciso el tribunal, se acordó resolver el recuso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 10 de abril de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . - *Antecedentes* .

-Las partes contrajeron matrimonio en Valladolid el 1 de marzo de 2003.

-Del matrimonio nacieron tres hijos:

- Amelia el 12 de agosto de 2004.
- Leovigildo el 20 de abril de 2006.
- Pablo el 20 de septiembre de 2007.

-El matrimonio residía en el domicilio familiar sito en la URBANIZACION000 , en DIRECCION001 , de Valladolid.

-El Sr. Marino , ingeniero superior industrial, director técnico en una empresa con domicilio social en Pamplona, con ingresos anuales de 42.965,48 euros.

-La Sra. Zaida , economista trabajando en un despacho con ingresos anuales de 44.495,94 euros.

La Sra. Zaida , presentó demanda frente al Sr. Fabio , solicitando divorcio y adopción de medidas.

La sentencia dictada en primera instancia, existiendo acuerdo entre las partes en que la atribución de la guarda y custodia de los tres hijos sea a la madre (con patria potestad compartida), acuerda atribución a los menores y a la madre del uso de la vivienda familiar hasta que Pablo , el menor, cumpla 18 años y fija un régimen de visitas a favor del padre y una pensión de alimentos a su cargo de 590 euros (cantidad que también solicita el Ministerio Fiscal) teniendo en cuenta que la madre vivirá con los menores en el domicilio familiar y el pago de los gastos extraordinarios por mitad.

Interpuso recurso de apelación el Sr. Marino , impugnando el pronunciamiento relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, solicitando que se fijara límite temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.



La sentencia dictada en segunda instancia estima el recurso de apelación, con base en la superación por el Tribunal Supremo del rigor en la atribución a los menores con apoyo en la sentencia 726/2013, de 19 de noviembre , y atribuye el uso de la vivienda familiar a los menores y a su madre hasta la liquidación de la sociedad de gananciales. También estima parcialmente la impugnación de la Sra. Zaida con variación en el régimen de visitas.

El recurso de casación se interpone al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , por interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y se estructura en dos motivos. El motivo primero fundado en la infracción del artículo 96 CC e infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el artículo 96.1 CC , con cita de las sentencias 181/2014, de 3 de abril , 43/2017, de 23 de enero , y 282/2015, de 18 de mayo .

El motivo segundo, formulado de forma subsidiaria, se funda en la infracción del artículo 96.1 en relación con los artículos 142 , 146 y 147 CC , con infracción de la misma doctrina jurisprudencial. En este motivo la recurrente mantiene que si se fijaron los alimentos en primera instancia teniendo en cuenta la atribución del uso de la vivienda familiar, la limitación del uso de la vivienda debería en su caso traducirse en un aumento automático del importe de los alimentos (entiende que debería aumentarse a un total de 750 euros).

El Ministerio Fiscal interpuso asimismo recurso de casación por interés casacional al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , por vulneración del artículo 96.1 CC y de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

SEGUNDO .- Motivo primero. El presente motivo se funda en la infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el artículo 96.1 del Código Civil .

Se estima el motivo.

En la sentencia recurrida se atribuye el uso de la vivienda a los menores y madre, sólo hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, pese a que es la madre la que ostenta la custodia.

La sentencia recurrida se basa en que la atribución de la vivienda familiar, no era necesaria, por tener los menores atendidas sus necesidades por otros medios.

La sentencia recurrida se basa en la siguiente sentencia de esta sala:

- Sentencia 726/2013, de 19 de noviembre . En esta no se atribuye la vivienda familiar en exclusiva, dado que se encontraba en Sevilla, mientras que los progenitores desarrollaban sus trabajos en Madrid y Barcelona, siendo residual la de Sevilla.

A la vista de esta sentencia 726/2013 , se puede apreciar que el supuesto de hecho que analiza y su fundamentación jurídica no coincide con el caso analizado, por lo que no puede considerarse precedente jurisprudencial aplicable, dado que en el presente caso ambos tienen la residencia en la misma ciudad, él percibe un salario de 2.100 euros (deducidos los gastos hipotecarios) y ella de 3.000 euros, coincidiendo ambos casos en un préstamo hipotecario de larga duración.

Se alega por la recurrente que "posee un porcentaje cuantitativamente muy superior sobre la vivienda familiar cuyo uso se discute (un 61% sobre el 39% del otro progenitor) ...". A ello contesta el recurrido que "En el presente caso Dña. Zaida es propietaria del 61% del inmueble...".

Ante ello debemos declarar que las circunstancias concurrentes no aconsejan la matización del art. 96 del C. Civil , dado que:

1. Los ingresos y titulaciones académicas son semejantes.
2. No consta que la venta de la vivienda familiar fuese beneficiosa para los intereses de los menores, que por su número constituyen familia numerosa.
3. La existencia de una carga hipotecaria de larga duración no es causa justificada, por si sola, para variar el régimen legal de asignación de la vivienda familiar (art. 96 del C. Civil), dado que ello se ha tenido en cuenta en la fijación de alimentos, valorando proporcionalmente ingresos y gastos.
4. No se discute la naturaleza familiar de la vivienda, ni que los menores tengan disponibilidad sobre otra vivienda, supuestos analizados en sentencias 282/2015, de 18 de mayo , y 646/2017, de 27 de noviembre .

Por lo expuesto procede estimar el motivo principal del recurso y, asumiendo la instancia, casamos parcialmente la sentencia recurrida, y confirmamos la sentencia de 18 de octubre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Valladolid (Proc. 964/2015), excepto en lo relativo a la ampliación del régimen de visitas que se estableció en la sentencia de la Audiencia Provincial, que mantenemos al no haber sido objeto de impugnación.



TERCERO .- No procede imposición de costas en casación (arts. 394 y 398 LEC), con devolución del depósito para recurrir.

No se efectúa expresa imposición de costas en las instancias.

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 el Ministerio Fiscal y Dña. Zaida , representada por la procuradora de los Tribunales doña Paula Mazariegos Luelmo contra sentencia de 21 de noviembre de 2017 de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid (Rec. apelación 113/2017).

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida y confirmar la sentencia de 18 de octubre de 2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Valladolid (Proc. 964/2015), excepto en lo relativo a la ampliación del régimen de visitas que se estableció en la sentencia de la Audiencia Provincial, que mantenemos al no haber sido objeto de impugnación.

3.º- No procede imposición de costas en casación, con devolución del depósito para recurrir. No se efectúa expresa imposición de costas en las instancias.

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.