



Roj: **STS 2550/2021 - ECLI:ES:TS:2021:2550**

Id Cendoj: **28079110012021100436**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2021**

Nº de Recurso: **4827/2020**

Nº de Resolución: **438/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 2550/2021,**
SAP M 16068/2020

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 438/2021

Fecha de sentencia: 22/06/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 4827/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/06/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE MADRID, SECCIÓN 24.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 4827/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 438/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg



D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 22 de junio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Rosendo, representado por el procurador D. Francisco Franco González, bajo la dirección letrada de D. Florencio García Ros, contra la sentencia n.º 526, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación n.º 1728/2019, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 939/2018, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000. Ha sido parte recurrida D.ª Caridad, representada por la procuradora D.ª M.ª Carmen Giménez Cardona y bajo la dirección letrada de D. César Sánchez Sánchez. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Francisco Franco González, en nombre y representación de D. Rosendo, interpuso demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en procedimiento de divorcio, contra D.ª Caridad, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] por la que se acuerde haber lugar a la modificación, acordándose las siguientes nuevas medidas:

1º).- GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS.

Se entiende que en beneficio de los menores, la relación de el mismo con ambos progenitores y la atención que ambos le vienen prestando deberá establecerse una GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA.

La guarda y custodia se ejercerá en los domicilios de los padres actuales, el de la madre en C/ DIRECCION001 NUM000 Chalet NUM001 " URBANIZACION000 " en DIRECCION002 y el del padre, mi representado, en C/ DIRECCION003 n.º NUM002 Chalet NUM003 en DIRECCION004.

Dicha custodia compartida tendrá una duración semanal, efectuándose la alternancia en periodo escolar, los domingos a las 20:30 cenados y duchados en la casa del progenitor que inicia la semana hasta el siguiente domingo a las 20:30 que los dejará en la casa del otro progenitor, comenzando el primer domingo el padre a los meros efectos de constancia.

Cada semana será el progenitor que viva con el menor quien se encargue de las necesidades del hijo, principalmente las relacionadas con la alimentación.

No se establecerá régimen de visitas semanales alguno, dado el régimen de custodia que se solicita de periodos semanales, si bien ello no significa que si los padres llegasen a acuerdos en cuanto a poder efectuar alguna visita al hijo estas no se puedan realizar.

En cuanto a los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y Verano seguirá en vigor lo establecido en la sentencia dictada.

2º).- PENSION ALIMENTICIA A LOS HIJOS -

Ambos progenitores deberán abrir una cuenta corriente a nombre de los menores y de ambos progenitores, y cubrirán las necesidades ordinarias de sus hijos cuando estén con ellos, de alimentación, vestido, y ocio, y en conceptos de gastos necesarios para sus hijos procederán al ingreso en una cuenta abierta a nombre de los menores, en la que ingresarán cada progenitor la cantidad de 200€ mensuales cada uno de ellos, en 12 mensualidades, que se actualizarán anualmente al 1 de enero de cada año, comenzando por 1.01.2019. De dicha cuenta se abonarán los gastos del Centro escolar, comedor, escolaridad, libros y material escolar, uniforme, chándal, y actividades extraescolares en las que estén de acuerdo ambos progenitores, así como los gastos extraordinarios necesarios, médicos o farmacéuticos, no cubiertos por la Seguridad Social, y aquellos otros extraordinarios en los que estén de acuerdo.

3º).- RESPECTO AL DOMICILIO FAMILIAR SITO EN DIRECCION002 CALLE DIRECCION001 NUM000 CHALET NUM001 " URBANIZACION000 ".

Habiendo desaparecido el interés más necesitado de protección que determinó la atribución de uso del domicilio conyugal sito en DIRECCION002 C/ DIRECCION001 NUM000 Chalet NUM001 " URBANIZACION000 " a los menores y a la madre, deberá declararse extinguido, la atribución del uso y disfrute del domicilio y ajuar mobiliario existente en el mismo conyugal, dejando la vivienda libre, o bien subsidiariamente, el mismo deberá ser compartido por ambos progenitores, atribuyéndose el uso de la misma



por mensualidades alternas, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, o bien subsidiariamente en caso de atribuirse a la demandada, se compense económicamente al Sr. Rosendo por la pérdida del derecho de uso a la cantidad de 350€ mensuales.

4º).- Y todo ello con los pronunciamientos que sean inherentes y le correspondan condenando a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones y al pago de las costas del procedimiento si se opusiere a esta demanda".

2.- La demanda fue presentada el 30 de julio de 2018, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000 , se registró con el n.º 939/18. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Carmen Giménez Cardona, en representación de D.ª Caridad , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

"[...] dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda que se ha contestado, y se acuerde el mantenimiento de las aprobadas por Sentencia de Divorcio, así como todo lo demás que en Derecho fuere pertinente.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante, por la evidente temeridad con que ha litigado respecto de las pretensiones que deben ser desestimadas.

Subsidiariamente, y para el caso de que se acordara la custodia compartida, se solicita se desestime íntegramente la petición de cese de la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar, que seguirá ostentando la madre al ser este el interés más necesitado de protección. En este caso que subsidiariamente, cada progenitor deberá cubrir cada una las necesidades ordinarias de los hijos (alimentación, vestido y ocio), en su o de custodia, y el resto mediante el ingreso de 600 €/mes que deberán ingresarse en una cuenta bancaria conjunta en proporción de 75% el padre y 25% la madre".

El Ministerio Fiscal también contestó a la demanda, solicitando que el juzgado "[...] dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000 , dictó sentencia de fecha 17 de junio de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de modificación de medidas formulada por la representación procesal de D. Rosendo frente a D.ª Caridad y, en consecuencia, establezco las siguientes modificaciones:

1.- Se establece un régimen de custodia compartida entre los progenitores, sistema que se desarrollará, en defecto de otro acuerdo entre ambos, por períodos alternos de una semana con cada progenitor de lunes a lunes, correspondiendo al progenitor con el que haya pasado la semana el menor reintegrarle al centro escolar el lunes por la mañana, siendo recogido a la salida por el otro progenitor. En caso de que el lunes fuera día no lectivo el intercambio se realizará a las 16:30 horas.

No se establece régimen de estancias entre semana, ni para días especiales, sin perjuicio de lo que al respecto pudieran acordar en cada caso las partes.

Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano se dividirán por mitad.

Las de verano comprenderán los meses de julio y agosto, y a falta de acuerdo de las partes se verificarán por meses alternos, eligiendo el padre los años pares y la madre los años impares, produciéndose las entregas y recogidas de los menores el primer día de cada mes, reanudándose la alternancia en septiembre. Debiendo comunicarse la elección al otro progenitor con, al menos, dos meses de antelación.

Las de Navidad se dividirán en dos períodos, que comprenderán desde la salida del centro escolar el último día lectivo hasta las 12:00 horas del día 31 de diciembre, y desde este momento hasta el inicio de las clases.

Las de Semana Santa se disfrutarán completas por cada progenitor alternativamente cada año, correspondiendo a la madre los años pares en caso de desacuerdo.

Durante los períodos de vacaciones se interrumpirá el régimen de estancias ordinario.

El progenitor al que no corresponda ese día la guarda podrá comunicar diariamente por vía telefónica, respetando sus actividades extraescolares y de realización de deberes.

Corresponde a ambos progenitores la patria potestad de forma compartida.

2.- Cada uno de los progenitores hará frente a los gastos ordinarios de sus hijos cuando los tenga en su compañía, y a los extraordinarios por mitad, previo acuerdo entre ambos progenitores o en su defecto autorización judicial, salvo en los casos de urgencia.



No obstante, en cuanto a los gastos de escolarización y demás actividades extraescolares serán pagados en la proporción de 70% el padre y el 30% restante la madre.

3.- No ha lugar a modificar la atribución del uso de la vivienda familiar ni el sistema de reparto de los gastos generados por la misma, respecto de lo establecido por la sentencia de divorcio.

4.- Sin especial condena a una sola de las partes al pago de las costas causadas.

5.- Llévase testimonio de la presente sentencia a la pieza separada de modificación provisional de medidas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1728/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de junio de 2020, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS:

Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Rosendo representado por el Procurador D. Francisco Franco González, frente a la Sentencia de fecha 17 de junio de 2019, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de DIRECCION000 , seguidos contra Dª Caridad representada por la Procuradora Dª María del Carmen Giménez Cardona en autos de Modificación de Medidas nº 939/2018; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución remitiéndose a los fundamentos antes expuestos y sin hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las causadas en la segunda instancia".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. Francisco Franco González, en representación de D. Rosendo , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

El motivo del recurso extraordinario por infracción procesal fue:

"Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia e conformidad con lo establecido en el art. 469.1.2º de la LEC, por falta de motivación de la sentencia de la sala, en relación con los art. 218.2 y art. 209 regla 3ª de la LEC".

El motivo del recurso de casación fue:

"Infracción del art. 96.2 del Código Civil y de la doctrina de la sala de lo civil del Tribunal Supremo en materia de atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en caso de custodia compartida".

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 ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por don Rosendo contra la sentencia dictada con fecha de 24 de junio de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1728/2019, dimanante del juicio de modificación de medidas n.º 939/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 7 de DIRECCION000 .

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 483.5 de la LEC contra la presente resolución no cabe recurso alguno".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. Y por el Ministerio Fiscal se presentó el correspondiente informe.

4.- Por providencia de 11 de mayo de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 16 de junio de 2021, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*



1º.- El presente proceso versa sobre una demanda de modificación de las medidas definitivas acordadas en un previo proceso matrimonial de divorcio seguido entre las partes. Se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000, en la que, con estimación parcial de la demanda, se estableció un régimen de custodia compartida de los progenitores con respecto a sus hijos de 15 y 16 años de edad, sistema que se desarrollará, en defecto de acuerdo entre los litigantes, por períodos alternos de una semana con cada progenitor de lunes a lunes. Entre otros pronunciamientos, se acordó no haber lugar a la modificación de la atribución del uso de la vivienda familiar ni el reparto de gastos generados por la misma, respecto de lo establecido en la sentencia de divorcio en que se había fijado a favor de madre e hijos.

2º.- En relación a dicha atribución se razonó por el juzgado lo siguiente:

"En cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar, no se considera adecuado para el interés más necesitado de protección que se suprima, pues de conformidad con lo previsto por el art. 96 del Código Civil subsiste la necesidad de garantizar a los hijos una vivienda.

Y ello porque en el presente disponen de la misma, pero el padre no tiene otra a su entera disposición, sino que la comparte con su actual pareja, y puede verse privado del uso de este inmueble. En el presente la convivencia entre los hijos del demandante y las hijas de su actual pareja aparece como viable y conveniente para los hijos, pero pudiera no ser así en un futuro, y la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos (y sólo per relationem a su madre) garantiza que estos puedan estar en compañía de su madre sean cuales fueren las vicisitudes de la relación del padre con su nueva familia, o incluso de la capacidad económica de aquel.

Se significa igualmente que ante la diferencia de ingresos de las partes, no se ha impuesto una contribución económica periódica al demandante precisamente en atención a que continúa contribuyendo al pago de los costes de vivienda de los hijos en tanto estén con su madre mediante el reparto de gastos de dicho inmueble establecido en la sentencia de divorcio".

3º.- Interpuesto recurso de apelación, su conocimiento correspondió a la sección vigesimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid que, en lo que ahora nos interesa, confirmó dicho pronunciamiento de la sentencia recurrida, con el argumento siguiente:

"La situación es la expuesta en la resolución, el padre comparte su vivienda con una tercera persona y sería dificultoso que todas esas personas se trasladasen al domicilio en el periodo de su custodia o que se extinguiese el uso y estos se trasladasen al domicilio de terceras personas que dependen en definitiva de las relaciones del progenitor con ella y podían verse en situaciones futuribles privados de este, por tanto en base a ello se establece el uso y disfrute en relación a los hijos y a la madre en la única situación en relación con estos tengan cuenta además que ello tiene que tener una influencia en el aspecto económico, que ya se ha manifestado y por tanto continua y se mantiene la resolución siendo y protegiendo el interés de los menores, con los razonamientos anteriores".

4º.- Contra dicha sentencia se interpusieron por el padre recursos extraordinarios por infracción procesal y casación, en los que interesó se declare extinguida, sin adscripción expresa, la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar a los hijos y a la madre; o bien, subsidiariamente, que el mismo sea compartido por ambos progenitores, por mensualidades alternas, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, o en todo caso limitando la atribución del uso y disfrute del inmueble familiar hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales o de cualquier otro modo se liquide este bien, con imposición de costas de la primera y segunda instancia.

5º.- El Ministerio Fiscal, al evacuar el trámite de audiencia conferido, interesó la desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal. Con respecto al recurso de casación, con apoyo en la jurisprudencia de esta sala, consideró que, en el caso de autos, el hijo mayor Armando tiene actualmente 18 años (NUM004 /2003), siendo económicamente dependiente y el menor, Desiderio 16 años; necesitan un periodo de adaptación, siendo procedente fijar un plazo de transición de dos años, donde los hijos y su madre permanecerán en la vivienda familiar, tras el cual, deberán abandonarla; momento en el que la vivienda se integrará en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales (art. 96 del CC), medida que se toma en interés de los menores, a la vista de la desproporción de los ingresos de la madre, en aras a un ordenado cambio del sistema de custodia.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal

1.- Motivo y desarrollo

El recurso se interpone, con apoyo normativo en el art. 469.1.2º de la LEC, en relación con los arts. 218.2 y 209, regla 3.ª de la precitada disposición general, por falta de motivación suficiente de la sentencia de la Audiencia.



En el desarrollo del recurso se sostiene, en síntesis, que la sentencia recurrida no se ajusta a las reglas de la lógica y de la razón, el hecho de que el padre comparta una vivienda con otra persona no supone, ni puede presuponer que los hijos puedan verse privados de una vivienda. El padre ha adquirido una nueva que ostenta en copropiedad con su actual pareja con la que convive, y no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio, para poder usarla de forma indefinida, pues la atribución de dicho uso no puede suponer una expropiación del propietario, y un auténtico abuso de derecho. Se sostiene que la resolución recurrida se adelanta a un hipotético problema que no se sabe si se va a producir o no, y, de producirse, no tienen porqué verse privados de la vivienda, al ser el padre copropietario de la misma, y máxime teniendo en cuenta la edad de los menores de 15 y 16 años de edad respectivamente, cercana a la mayoría de edad, máxime cuando no consta que la madre necesite una especial protección, siendo funcionaria y con ingresos suficientes.

2.- Desestimación del recurso

La motivación de las resoluciones judiciales constituye una manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la CE, y se corresponde con el derecho, que ostentan todos los ciudadanos, a obtener una respuesta fundada de los tribunales de justicia con respecto a las pretensiones ante ellos formuladas, al tiempo que constituye expresión de la sujeción de los jueces al imperio de la ley en el ejercicio de sus exclusivas funciones jurisdiccionales.

Esta exigencia de motivación, consagrada normativamente en los arts. 120.3 de la Carta Magna y 218.2 de la LEC, cumple tres funciones fundamentales en un Estado de Derecho, a las que nos referimos en la sentencia 465/2019, de 17 de septiembre, cuales son: garantizar la aplicación de la ley al margen de cualquier clase de arbitrariedad, comprobando que la resolución judicial que zanja el conflicto responde a una razonada aplicación del ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE); permitir el control jurisdiccional interno a través del régimen legal de los recursos devolutivos establecidos en las leyes; y la consideración del ciudadano como centro del sistema merecedor de explicaciones dimanantes de la Administración de Justicia, de manera tal que tenga constancia de las razones por mor de las cuales se estiman o desestiman sus pretensiones.

La motivación, en definitiva, ha de ser manifestación suficiente de la justificación causal del fallo, mediante la expresión de las razones de hecho y de Derecho que integran el proceso lógico-jurídico que conduce a la decisión, al margen de que satisfaga o no los intereses y pretensiones de las partes (sentencias del Tribunal Constitucional 14/91, 28/94, 153/95 y 33/96 y sentencias de esta Sala 889/2010, de 12 de enero de 2011 y 465/2019, de 17 de septiembre, entre otras). En consecuencia, se vulnera tan ineludible exigencia cuando no hay motivación -carencia total-, o cuando es completamente insuficiente, también cuando la motivación está desconectada con la realidad de lo actuado o da lugar a un resultado desproporcionado o paradójico (sentencia 180/2011, de 17 de marzo).

No obstante, es también jurisprudencia de esta sala la que viene sosteniendo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones, que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión; es decir, la *ratio decidendi* del fallo pronunciado (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, 759/2015, de 30 de diciembre, 26/2017, de 18 de enero; 10/2018, de 11 de enero; 201/2021, de 13 de abril y 375/2021, de 1 de junio).

Pues bien, en el supuesto que enjuiciamos, la sentencia recurrida, en su fundamento jurídico segundo, en sus últimos párrafos, analiza la cuestión controvertida, expresando cuáles son las razones por mor de las cuales adopta la decisión recurrida, y buena muestra de la exteriorización de sus argumentos, es la crítica que se efectúa de los mismos por la parte recurrente. Ahora bien, que se comparta o no la fundamentación de una sentencia, no implica la vulneración del art. 218.2 de la LEC, sin perjuicio de su impugnación de considerar que la misma infringe una norma de derecho material o sustantivo; pero, en tal caso, entramos ya dentro del marco del recurso de casación y no del propio del recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- Motivo de casación

El recurso de casación se interpone por interés casacional (art. 477.2. 3º de la LEC), considera vulnerado el art. 96.2 del CC e infringida la doctrina jurisprudencial sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida, a tales efectos cita las sentencias 576/2014, de 22 de octubre; 593/2014, de 24 de octubre; 658/2015, de 17 de noviembre; 51/2016, de 11 de febrero y 183/2017, de 14 de marzo, entre otras.

Sobre la cuestión debatida en el recurso esta Sala ha recogido la doctrina jurisprudencial al respecto, en la sentencia 558/2020, de 26 de octubre, en la que proclamamos:

"Nuestro Código Civil no regula el régimen de atribución del uso de la vivienda familiar en los supuestos de guardia y custodia compartida, produciéndose, en consecuencia, un vacío normativo que es necesario cubrir



por exigencias derivadas del principio *non liquet* (art. 1.7 CC) y la tutela de los derechos e intereses legítimos de los litigantes e hijos (art. 24 CE).

A tales efectos, no es de aplicación lo establecido en el párrafo primero del art. 96 del CC; puesto que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guardia y custodia de los hijos a uno de los progenitores sin perjuicio del derecho de vistas del otro, en cuyo caso se resuelve el conflicto disponiendo que dicho uso corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Fácil es comprender que lo establecido en dicha norma no es aplicable a los casos en que ambos progenitores ostentan la custodia compartida de los hijos menores y la correlativa convivencia periódica con ellos, supuestos en los que no existe una sola residencia familiar, sino realmente dos, la de cada uno de los padres con sus hijos.

Descartada pues la aplicación del párrafo primero del art. 96 del CC, tampoco hallamos solución en lo dispuesto en su párrafo tercero, que contempla la situación de un matrimonio sin hijos, con lo que los hipotéticos intereses de éstos no son ponderados en dicho precepto, regulando, por consiguiente, de nuevo una situación distinta a la que conforma el objeto de este proceso.

A la hora de buscar una solución a la problemática suscitada, la regulación más próxima la encontramos en el párrafo segundo del art. 96 CC (sentencias 593/2014, de 24 de octubre; 465/2015, de 9 de septiembre; 51/2016, de 11 de febrero; 42/2017, de 23 de enero; 513/2017, de 22 de septiembre, 95/2018, de 20 de febrero, entre otras muchas), que se refiere a los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes en el otro. Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la custodia compartida no se distribuye la guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios.

En cualquier caso, es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que nos da una pauta valorativa cuando señala, para tales casos, que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo, al titular de la jurisdicción, el mandato normativo de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en concurso, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador. No obstante, la falta de concreción de tal criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia, en cumplimiento de su función, a fijar los elementos a valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad.

Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se deberá de prestar especial atención a dos factores: "[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos 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" (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio entre otras).

De acuerdo con dicha doctrina es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía (sentencia 95/2018, de 20 de febrero). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 396/2020, de 6 de julio, con cita de otra jurisprudencia).

En este sentido, señala la sentencia 517/2017, de 22 de septiembre, que:

"[...] cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda (resume la doctrina la sentencia 517/2017, de 13 de septiembre, con cita de otras anteriores)".

Con esta finalidad de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida se han fijado plazos de uso temporal, valorando las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año (sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre y 15/2020, de 16 de enero); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o en fin hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales (sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado".



En el caso de la sentencia 558/2020, de 26 de octubre, se fijó también un plazo de dos años, ponderando las circunstancias concurrentes.

CUARTO. - *Examen de las particularidades del caso litigioso*

A los efectos de decidir la cuestión controvertida, objeto del recurso, hemos de partir de la base de que la vivienda familiar es cotitularidad de ambos cónyuges y de carácter ganancial.

En segundo lugar, la madre cuenta con capacidad económica suficiente para disponer de otra vivienda, en la que llevar a efecto el régimen de custodia con sus hijos, al ser funcionaria pública, con unos ingresos correspondientes a la anualidad de 2018, de 26.382,07 euros, siendo superiores los del padre que se elevan a 53.961,15 euros.

El principio del interés superior del hijo menor para garantizar a éste una vivienda, se encuentra cubierto con la custodia compartida y con las posibilidades económicas de ambos progenitores de gozar de una vivienda digna para disfrutar de la compañía de sus hijos.

Por otra parte, deben priorizarse, como dice el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, las medidas que, respondiendo a dicho interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes como los de los progenitores, sin que, en el caso que enjuiciamos, concurra incompatibilidad entre ellos.

En definitiva, "[...] el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable" (sentencias del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 4; 144/2003, de 14 de julio, FJ 2; 71/2004 , de 19 de abril, FJ 8; 11/2008, de 21 de enero, FJ 7, 16/2016, de 1 de febrero, FJ 6).

O dicho en palabras de la sentencia de esta Sala 319/2016, de 13 de mayo: "[...] en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir" (sentencias de 26 de noviembre de 2015, rec. 36 de 2015 y de 27 de octubre de 2015, rec. 2664 de 2014). Ahora bien, no es éste el caso del litigio que nos ocupa, en el que los intereses del hijo menor están garantizados y no son incompatibles con los de su padre, sino susceptibles de satisfacción conjunta y coordinada.

La circunstancia de que el padre habite con su nueva pareja en otra vivienda de la que es cotitular en un porcentaje del 20%, no constituye riesgo objetivo y racional de que los hijos de los litigantes puedan verse privados de satisfacer sus necesidades de habitación a costa de sus progenitores, en tanto en cuanto sigan dependiendo de éstos, como una manifestación de la prestación de alimentos, ya que cuentan con capacidad bastante para cubrir tal necesidad.

Por ello, procede estimar el recurso y no atribuir el uso de la vivienda familiar sin limitación temporal en aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta.

Tampoco tiene sentido la petición concerniente al uso mensual alternativo, modelo de casa nido, que implicaría contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, por ello se descarta en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio.

En atención a las circunstancias expuestas y jurisprudencia aplicable, consideramos que es procedente mantener la atribución de la vivienda pero con carácter temporal respetando la manera interesada por el propio recurrente hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales o de cualquier otro modo se liquide dicho bien, lo que conforma una limitación temporal en el uso que posibilita el tránsito ordenado a la nueva situación.

QUINTO.- *Costas y depósito*

La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal, conlleva la imposición de las costas procesales a la parte recurrente, con pérdida de depósito conforme al apartado 9 de la disposición adicional 15.ª LOPJ.

La estimación del recurso de casación conlleva que no se imponga a ninguna de las partes las costas de este recurso, de conformidad con lo establecido en el 398.2 LEC, con devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación, de conformidad con el apartado 8 de la disposición adicional 15.ª LOPJ.



FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal, con imposición de costas a la parte recurrente.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 24 de junio de 2020, por la sección vigesimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación 1728/2019, dimanante de los autos de modificación de medidas de juicio de divorcio n.º 939/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de DIRECCION000 .

3.º- Casar la citada sentencia y, estimando en parte el recurso de apelación, se limita el uso de la vivienda familiar atribuido por la sentencia recurrida hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales o de cualquier otro modo se liquide dicho bien, ratificando la resolución de la Audiencia en el resto de sus pronunciamientos.

4.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.