



Roj: **STS 3562/2020 - ECLI:ES:TS:2020:3562**

Id Cendoj: **28079110012020100546**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/10/2020**

Nº de Recurso: **4173/2019**

Nº de Resolución: **558/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Palencia, núm. 7, 22-11-2018,**  
**SAP P 211/2019,**  
**STS 3562/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 558/2020**

Fecha de sentencia: 26/10/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 4173/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/10/2020

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

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE PALENCIA, SECCIÓN 1.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: EAL

Nota:

CASACIÓN núm.: 4173/2019

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 558/2020**

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 26 de octubre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Salvador , representado por el procurador D. Juan Luis Andrés García, bajo la dirección letrada de D. Ramón Gusano Sáenz, contra la sentencia n.º 165/19, dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Palencia, en el recurso de apelación n.º 203/2019, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 40/2017, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Palencia, sobre uso de vivienda familiar con guarda y custodia compartida tras divorcio. Ha sido parte recurrida D.ª Guillerma , representada por la procuradora D.ª Marta Delcura Antón y bajo la dirección letrada de D.ª Beatriz Llamas Cuesta. 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.- La procuradora D.ª Marta Delcura Antón, en nombre y representación de D.ª Guillerma , interpuso demanda de divorcio contencioso contra D. Salvador , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] en la que se declare la disolución del matrimonio formado por Don Salvador y Doña Guillerma por causa de divorcio, así como la disolución de la sociedad de gananciales que regía, adoptando como medidas definitivas las propuestas en el Fundamento de Derecho Quinto".

2.- La demanda fue presentada ante el Juzgado Decano de Palencia, y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Palencia, se registró con el n.º 40/2017. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Juan Luis Andrés García, en representación de D. Salvador , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dictar Sentencia acogiendo el divorcio y consecuentemente acuerde:

1.- La disolución por divorcio del matrimonio contraído por Salvador y Guillerma el 24 de junio de 2.000, tal y como interesa la propia actora.

2.- Que la patria potestad de los hijos corresponderá a ambos padres y se ejercerá conjuntamente de acuerdo con lo que al respecto establece el Código Civil, con el compromiso de consultarse recíprocamente cualquier decisión relevante que afecte a su vida y educación, así como con el compromiso de comunicarse las incidencias que les afecten especialmente en los supuestos de enfermedad y educación, en especial los eventuales viajes y salidas al extranjero.

3.- Que la guarda y custodia de los hijos será compartida por ambos progenitores, con el régimen de comunicaciones, visitas y estancias que más adelante se especificará.

4.- Que se atribuya a los hijos y al progenitor que sucesivamente le corresponda la custodia, el uso y disfrute de la vivienda y ajuar familiar; alternativamente a esta pretensión se interesa que se atribuya el uso y disfrute de la vivienda familiar a los hijos del matrimonio y a mi principal, su padre, por ser el que más precisa esa decisión, habida cuenta de la situación económica de uno y otro cónyuge.

5.- En cuanto al capítulo de alimentos ordinarios para los hijos, se establecerá la obligación por parte de cada progenitor de atender los que día a día se generen durante el tiempo que disfrute de la guarda y custodia, estableciéndose asimismo el resto de gastos ordinarios (fundamentalmente los atinentes a educación) y extraordinarios (fundamentalmente los atinentes a actividades extraescolares, ocio y médico-sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social) de cargo de ambos progenitores en dos terceras partes por la actora y en una tercera parte por el demandado, en atención a los ingresos que cada uno obtiene y de acuerdo con lo que más adelante también se especificará.

6.- Se declarará la obligación de abonar ambos progenitores por mitades, la cuota del préstamo con garantía hipotecaria, los impuestos que graven la propiedad de la vivienda familiar y entre éstos el IBI, el 50% de la prima de seguro de la vivienda, el 50% de los gastos de comunidad ordinarios y extraordinarios, así como el 50% de todos los suministros con que cuente la vivienda. Si se atribuyera el uso y disfrute a mi patrocinado, éste asumiría el 100% de los gastos ordinarios de comunidad no los otros anteriormente especificados.

Desarrollo de las anteriores medidas para el supuesto de que no haya un acuerdo escrito entre las partes:



La guarda y custodia de Luis Manuel y Marisa se atribuirá de forma compartida a la actora y al demandado con arreglo a las siguientes pautas:

Los menores convivirán en el domicilio familiar con cada uno de los progenitores periodos alternos de dos semanas, efectuándose el intercambio de los menores los lunes en los términos que más adelante se especificarán.

Durante la época lectiva el progenitor abandonará el domicilio familiar cuando los hijos salgan para el centro educativo, instante a partir del que podrá tomar posesión el otro.

- En cuanto a períodos de vacaciones:

a.- Los meses de julio y agosto (a partir del día 1 de julio a las 9 horas y hasta el 31 de agosto a las 20 horas) se dividirán en cuatro quincenas alternativas para cada uno de los cónyuges; caso de que no haya acuerdo con respecto al reparto de esas quincenas, elegirá los años pares la madre y los impares el padre.

Durante ese período se suspenderán, salvo que los menores estén en Palencia, las visitas y comunicaciones entre semana por parte del progenitor que no esté con los menores.

Concluido el periodo de vacaciones (31 de agosto a las 20 horas) por el tiempo que reste hasta el siguiente lunes, asumirá la guarda y custodia el progenitor que la última quincena de vacaciones no haya tenido consigo a los menores.

b.- Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos períodos, el primero se establecerá desde el día 23 de diciembre a las 12 horas de su mañana, hasta el día 30 a la misma hora y el segundo desde el 30 de diciembre a las 12 horas hasta el 7 de enero a las 12 horas; caso de que no haya acuerdo con respecto al reparto de esos períodos, elegirá los años pares la madre y los impares el padre.

Concluido el periodo de vacaciones (7 de enero a las 12 horas) por el tiempo que reste hasta el siguiente lunes, asumirá la guarda y custodia el progenitor que el último período de vacaciones de Navidad no haya tenido consigo a los hijos.

c.- Las vacaciones de Semana Santa a contar desde el día siguiente al último lectivo a las 9 horas de la mañana, hasta el anterior al primero que lo vuelva a ser a las 20 horas, se disfrutarán de forma íntegra y alternativa año a año por cada uno de los progenitores; caso de que no haya acuerdo con respecto a quien le corresponde el primer año, elegirá los años pares la madre y los impares el padre.

Concluido el periodo de vacaciones (último día no lectivo a las 20 horas) por el tiempo que reste hasta el siguiente lunes, asumirá la guarda y custodia el progenitor que el último período de vacaciones de Semana Santa no haya tenido consigo a los hijos.

d.- Como régimen de comunicaciones y visitas entre los menores y el progenitor en cuya compañía no le corresponda estar, se establecerán todos los martes y jueves desde las 17 horas hasta las 22 horas.

El progenitor al que no le corresponda estar en compañía de los hijos, podrá comunicarse por vía telefónica o cualquier otro medio, a diario, respetando siempre el horario lectivo y el de descanso.

El día del cumpleaños de cada hijo, y en los respectivos cumpleaños de los progenitores, el progenitor al que no le corresponda estar con ellos, estará en compañía de los mismos desde las 17 horas hasta las 20 horas.

e.- Se atribuirá el uso y disfrute del domicilio familiar sito en AVENIDA000 nº NUM000, así como del ajuar existente en el mismo, a los hijos y al progenitor que con el mismo convivan durante los períodos antes indicados, o alternativamente a mi patrocinado en atención a la situación económica del demandante y del demandado, lo que así se mantendrá hasta que los dos hijos estén en disposición de vivir de forma independiente.

f.- Para los gastos ordinarios y extraordinarios de la vivienda, impuestos que graven la misma, incluido el IBI, seguro y suministros con que pueda contar (electricidad, agua, gas, teléfono, etc.) se abrirá una cuenta mancomunada en la que se efectuarán ingresos al 50% por ambos progenitores, con un mínimo fijo de 250 € mensuales, sin perjuicio de la obligación de control de saldo de esa cuenta y reposición de fondos en los términos aquí pactados.

g.- Para los gastos derivados de alimentos ordinarios del día a día para los hijos, cada uno atenderá los que se devenguen durante el tiempo en que ostenten la guarda y custodia y en cuanto al resto de gastos ordinarios (fundamentalmente los de educación) y extraordinarios (fundamentalmente los atinentes a actividades extraescolares, ocio y los médico-sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social) se pretende y solicita que la actora los atienda en dos terceras partes y el demandado en una tercera parte, en atención a los ingresos que el trabajo fuera de casa les proporciona; previo acuerdo, se procederá al ingreso en la cuenta común

en el porcentaje indicado o alternativamente y si no hubiera acuerdo, previa comunicación y justificación documental del gasto, se procederá al ingreso que corresponda en la proporción indicada, con los reintegros entre las partes que procedan.

h.- En tanto no quede liquidada la sociedad de gananciales, a su vez se proponen las siguientes medidas:

- En cuanto al uso del inmueble en Villacibio corresponderá al progenitor que en cada período tenga la guarda y custodia de los menores pudiendo ser autorizada por el otro cónyuge si el otro lo consintiere porque no vaya a utilizarla (lo mismo durante períodos vacacionales).

- El uso del vehículo familiar será para el demandado en tanto en cuanto la actora dispone de otro vehículo. Señalar que al demandado ocasionalmente le resulta imprescindible un vehículo para su trabajo y que la actora en el ámbito laboral dispone y hace uso de los vehículos oficiales.

i.- La vivienda familiar estará disponible para ser usada por el progenitor al que corresponda los lunes a partir de las 10 horas; a la terminación de los períodos de vacaciones, se hará entrega de la vivienda al tiempo de entregar a los menores.

Ambas partes contribuirán al sustento de sus hijos durante el tiempo en que permanezcan bajo su guarda sin que corresponda establecer pensión de alimentos en favor de los menores y a cargo exclusivo de cada uno de los cónyuges, al margen de lo antes indicado con respecto a otros gastos ordinarios y extraordinarios.

j.- Será obligación de ambos progenitores en el porcentaje antes indicado el satisfacer (al margen de los alimentos del día a día) todos los gastos ordinarios y extraordinarios que surgieran durante la vida de los menores y mientras éstos sean económicamente dependientes, incluyéndose en el concepto de gastos ordinarios todos los de su educación (colegio, libros y material escolar) y vestido, y en el concepto de gastos extraordinarios los de carácter médico no cubiertos por la Seguridad Social o que por razón de urgencia o conveniencia hayan de efectuarse fuera de ella y entre otros, en su caso, dentista, ortodoncia, gafas, lentillas, etc., así como los cursos de apoyo escolar, actividades extraescolares en las que ambos progenitores estén de acuerdo, caso de discrepancia será el Juzgado quien decida, en su día cursos en el extranjero, así como los que en el futuro puedan generar los estudios universitarios (matrícula, libros, material, tasas o gastos académicos o de estancia y manutención en otra ciudad)".

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 7 de Palencia, dictó sentencia de fecha 22 de noviembre de 2018, con la siguiente parte dispositiva:

"1º. La disolución por divorcio del matrimonio formado por Dña Guillerma y D. Salvador, con todos los efectos legales inherentes a tal disolución.

2º. La guarda y custodia de los hijos comunes, Luis Manuel, y Marisa se atribuye de forma compartida a ambos progenitores, quedando compartida también la patria potestad.

Los menores Luis Manuel y Marisa permanezcan de forma alterna, por periodos de dos semanas consecutivas, bajo el cuidado de cada uno de sus progenitores, pudiendo acordar las partes el lugar y hora de entrega de los menores para el cambio de custodia, estableciéndose para el caso de desacuerdo que los cambios se efectúen los domingos correspondientes a las 20:00 horas. Se establece una visita entre semana para el progenitor no custodio, que a falta de acuerdo serán los miércoles desde la salida del Instituto hasta las 21:00 horas.

Se repartirán por mitad los periodos de vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, eligiendo el padre el periodo a disfrutar los años pares, y a madre los años impares.

Se acuerda que el día del cumpleaños de cada hijo, y en los respectivos cumpleaños de los progenitores, el progenitor al que no le corresponda estar con ellos, estará en compañía de los mismos desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.

El progenitor al que no le corresponda estar en compañía de los hijos, podrá comunicarse por vía telefónica o cualquier otro medio, a diario, respetando siempre el horario lectivo y el de descanso.

4º. Se atribuye a Dña Guillerma el uso y disfrute del domicilio conyugal y el ajuar doméstico existente en el mismo, pudiendo D. Salvador, retirar previo inventario los bienes de uso particular o necesarios para sus actividades profesionales.

Se acuerda que los gastos derivados de los suministros ordinarios de la vivienda serán atendidos por Dña Guillerma. Las cuotas del préstamo hipotecario que grava el inmueble, los recibos de I.B.I. y las cuotas de gastos comunitarios serán satisfechas por mitad por ambas partes.



5º. Ambos progenitores contribuirán al sustento de los hijos comunes, abonando los gastos ordinarios durante los periodos que pasen en su compañía. Además, Dña. Guillerma deberá abonar en concepto de alimentos para los hijos la cantidad mensual de ciento cuarenta euros para cada uno de ellos (total 280.-€ al mes) dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta que se designe, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimenten los índices de precio al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística o el que legalmente le sustituya.

Cada progenitor deberá además abonar la mitad de los gastos extraordinarios de los hijos comunes.

6º. Se acuerda la disolución de la sociedad de gananciales habida entre las partes.

No se hace imposición de costas a ninguna de las partes".

Y con fecha 4 de febrero de 2019 dictó auto de aclaración del siguiente tenor literal:

"1º.- Estimar en parte la petición formulada por la representación procesal de DÑA Guillerma , de aclarar la sentencia dictada en el presente procedimiento, en el único extremo siguiente: en el punto segundo del fallo de la sentencia, en su párrafo tercero, debe añadirse que "las visitas intersemanales del progenitor no custodio con los dos hijos se suspenderán durante los periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano".

2º.- No admitir la petición de complemento de la fundamentación jurídica de la sentencia, efectuada por la representación procesal de DÑA Guillerma mediante escrito presentado en fecha 14-12-2018".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Palencia, que lo tramitó con el número de rollo 203/2019, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 27 de mayo de 2019, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: Que, ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de DON Salvador contra la sentencia dictada el día 22/11/18 y aclarada por auto de fecha 04/02/2019, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de Palencia, en los autos de que dimana el presente Rollo de Sala, debemos REVOCAR como REVOCAMOS PARCIALMENTE mencionada resolución, únicamente para establecer en los gastos comunitarios de la que ha venido siendo vivienda familiar de los que son parte en el procedimiento, deberán de ser satisfechos por DOÑA Guillerma , excepto en aquellos gastos que afecten a la propiedad del edificio en que se asienta la comunidad; y todo ello sin hacer pronunciamiento en las costas de esta alzada".

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

1.- El procurador D. Juan Luis Andrés García, en representación de D. Salvador , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

"Entiende esta representación que la Sentencia objeto de recurso de casación infringe el art. 96 del Código Civil en relación con el art. 348 del mismo cuerpo legal y con el 33 de la Constitución Española".

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 27 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por don Salvador contra la sentencia dictada con fecha de 27 de mayo de 2019 por la Audiencia Provincial de Palencia (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 203/2019, dimanante del juicio de divorcio n.º 40/2017 del Juzgado de Primera instancia n.º 7 de Palencia.

2.º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría. Transcurridos los cuales dese traslado al Ministerio Fiscal.

Contra esta resolución no cabe recurso".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, y posteriormente al Ministerio Fiscal, para alegaciones, quién también evacuó el traslado.





4.- Por providencia de 14 de septiembre de 2020 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 20 de octubre del presente, fecha en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

#### 1.- *Objeto del proceso*

Es objeto del presente proceso la demanda de divorcio del matrimonio constituido en su día por los litigantes, fruto del cual nacieron dos hijos, el mayor, el NUM001 de 2002, y la hija, el NUM002 de 2005, así como fijar las medidas definitivas derivadas de la disolución de dicho vínculo matrimonial, centrándose el debate en la determinación del régimen relativo a la guardia y custodia de los hijos menores, pensión de alimentos y atribución del uso de la vivienda familiar.

#### 2.- *Sentencia de primera instancia.*

Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Palencia, que decretó el divorcio del matrimonio constituido por los litigantes, acordando una guardia y custodia compartida por periodos quincenales con respecto a los hijos comunes.

Se asignó a la demandante el uso de la vivienda familiar, con el argumento de que de tal manera se preservaba un consolidado estado de cosas de su ocupación y disfrute conjunto por madre e hijos, unido a la circunstancia de que, aun cuando no pueda considerarse dicho inmueble como privativo de la demandante, pues el pago de las cuotas del préstamo hipotecario para financiar su adquisición se abonaron constante matrimonio, lo cierto es que parece que la esposa cuenta con mejor derecho sobre dicha vivienda. Los gastos de suministros de la misma se atribuyeron a la madre que la ocupa, mientras que los relativos al pago del IBI, las cuotas del préstamo pendientes así como el importe de los gastos comunitarios por mitad.

Por último, en concepto de alimentos para los hijos, amén de que cada progenitor asumirá la satisfacción directa de los mismos durante los periodos de custodia, la madre deberá abonar la cantidad mensual adicional de ciento cuarenta euros para cada uno de ellos (280 € en total), al gozar de mayores ingresos que el padre.

#### 3.- *Sentencia de apelación*

Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por el demandado.

La Audiencia Provincial de Palencia dictó sentencia en la que desestimó la petición del recurrente de incrementar la contribución de la madre a los alimentos de sus hijos. Consideró igualmente correcta la asignación de la vivienda familiar a la apelada, compartiendo en esencia los argumentos del Juzgado, negó que el uso temporal postulado sea beneficioso para los menores, sin que concurren circunstancias para cambiar el criterio del juzgado, señalando al respecto: "[...] no estamos negando la posibilidad y hasta la ventaja que, desde un punto de vista general, puede ofrecer la limitación de uso, pero ello debe de estar relacionado con las circunstancias concurrentes para que así sea valorado, y en el caso no encontramos se produzca la situación que podría originar la estimación del motivo de recurso en este punto".

Únicamente se revocó la sentencia del juzgado en el sentido de atribuir a la madre el pago de los gastos comunitarios relativos al uso de la vivienda, siendo por mitad los correspondientes a la propiedad del inmueble.

### SEGUNDO.- *Del recurso de casación*

El demandado interpone recurso de casación, al amparo del art. 477.2, regla 3.ª y 3 de la LEC, alegando como infringido el art. 96 del Código Civil, en relación con los arts. 348 del mismo cuerpo legal y 33 de la Constitución Española. Se citaron como fundamento del interés casacional las sentencias 434/2016, de 27 de junio; 522/2016, de 21 de julio; 294/2017, de 12 de mayo; 517/2017, de 22 de septiembre y 268/2018, de 9 de mayo.

En su desarrollo se argumentó que, según reiterado criterio jurisprudencial, en los casos de custodia compartida, no es de aplicación el párrafo primero del art. 96 del CC, sino el párrafo segundo por analogía, debiéndose fijar un límite temporal al uso de la vivienda familiar titularidad de ambos litigantes. En definitiva, con ello, se solicitó la estimación del recurso y que se limitase el uso conferido a un año o, en su caso, al que se pueda considerar precedente.

El Ministerio Fiscal, consideró que, para respetar el art. 96 CC y la jurisprudencia que lo interpreta, debía de haberse establecido un límite temporal al uso de la vivienda familiar, a fin de reconocer los derechos del recurrente que no va a disfrutar de dicho bien, que se verá obligado a acceder a otro inmueble para satisfacer



las necesidades de habitación tanto de él como de sus hijos en los periodos de custodia y, además, va a tener que seguir satisfaciendo por mitad las cuotas del préstamo hipotecario, por lo que se adhiere al recurso de casación interpuesto, considerando que sería procedente fijar como límite temporal el 26 de septiembre de 2023, que es cuando la hija menor alcanza la mayoría de edad.

La parte recurrida solicitó la desestimación del recurso interpuesto.

### **TERCERO.- Decisión del recurso de casación**

La decisión del recurso interpuesto la abordaremos en los apartados siguientes para cumplir el postulado constitucional de postulación.

#### **1.- La atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida y factores a ponderar**

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.

## **2.- Examen de las particularidades del caso litigioso**

Pues bien, en el presente caso, se cuestiona el uso indefinido y no temporal con el que se atribuyó la utilización de la vivienda familiar a la demandante, postulando que se limite el mismo a un año o al que se considere adecuado.

A los efectos de decidir tal cuestión hemos de partir de la base de que la vivienda familiar es cotitularidad sin precisar de ambos progenitores, aun cuando se encuentre a nombre de la demandante en el Registro de la Propiedad. Así se declara acreditado por las sentencias de ambas instancias, atribuyendo a los litigantes la condición de cotitulares del inmueble objeto del proceso, lo que conforma un pronunciamiento consentido, en consonancia con el cual se estableció que ambos litigantes continuasen abonando por mitad las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda otrora familiar, así como el IBI y los gastos comunitarios concernientes a la propiedad del referido inmueble.

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 ganar unos 3.300 euros líquidos mensuales. Incluso las sentencias de instancia consideran que su capacidad económica es superior a la del padre, al fijar a cargo de aquella una pensión de alimentos adicional de 280 euros al mes por ambos hijos.

La madre lleva, al menos, desde 22 de noviembre de 2018, fecha de la sentencia del juzgado, disfrutando del uso de la vivienda litigiosa.

El hijo alcanzará la mayoría de edad el próximo 26 de octubre de este año y la hija cuenta con 15 años de edad.

## **3.- Inexistencia de vulneración del principio de la prevalencia del interés superior de los menores.**

Se alega, por la recurrida, la vigencia del principio del interés superior de los menores, pero éste se encuentra garantizado con la custodia compartida y posibilidades económicas de ambos progenitores de gozar de una vivienda digna para disfrutar de la compañía de sus hijos y asumir sus derechos y deberes dimanantes de la patria potestad (art. 154 CC).

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 que determine la prevalencia del interés superior de los menores.

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" (SSTS 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 de los menores están garantizados y no entran en colisión con los del padre de manera tal que los correspondientes a éste deban





subordinarse a los prioritarios de los hijos menores, al no darse una situación de incompatibilidad irremediable, sino de satisfacción conjunta y coordinada.

#### **4.- Asunción de la instancia y estimación del recurso**

Procede, en consecuencia, asumir la instancia y, en atención al juego de las circunstancias antes expuestas, fijamos el uso de la vivienda, por un plazo de dos años, a contar desde la fecha de esta sentencia, periodo de tiempo que consideramos ajustado para una ordenada transición a la nueva situación declarada en atención a las circunstancias concurrentes.

#### **CUARTO.- Costas y depósito**

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.

Se ordena la 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-** Estimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada, con fecha 27 de mayo de 2019, por la Audiencia Provincial de Palencia, en el rollo de apelación 203/2010, dimanante de los autos de juicio de divorcio 40/17 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de dicha población.

**2.º-** Casar la citada sentencia y estimando en parte el recurso de apelación se limita el uso de la vivienda familiar a favor de la demandante por el plazo de dos años a contar desde la fecha de la sentencia de esta Sala, ratificando la resolución de la Audiencia en el resto de sus pronunciamientos.

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

**4.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.