



Roj: **STS 503/2018 - ECLI:ES:TS:2018:503**

Id Cendoj: **28079110012018100086**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/02/2018**

Nº de Recurso: **2866/2017**

Nº de Resolución: **95/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP V 1343/2017,**
STS 503/2018,
AATS 2680/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 95/2018

Fecha de sentencia: 20/02/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2866/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/02/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA. SECCIÓN 10.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2866/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 95/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller



D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 20 de febrero de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Enrique representado por la procuradora D.^a Mar Domingo Boluda bajo la dirección letrada de D. Juan Antonio Mateos Mateos, contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2017 por la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia en el recurso de apelación n.º 144/2017 dimanante de las actuaciones de Divorcio Contencioso n.º 811/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia. Ha sido parte recurrida D.^a Flor representada por la procuradora D.^a M.^a José Juan Baixaulí y bajo la dirección letrada de D.^a Isabel Pla Tormo. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M. Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Enrique interpuso demanda de divorcio en la que solicitaba:

«Se dicte en su día sentencia acordando la disolución del matrimonio por divorcio de D. Enrique y D.^a Flor , y aprobando las medidas que en el futuro regularán los efectos del divorcio que se indican a continuación. Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiera de forma temeraria a esta pretensión.

»Medidas que regularán los efectos del divorcio y que deberán aprobarse con la sentencia:

»1º PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS:

»-La patria potestad se ejercerá por ambos progenitores en la forma que establece el art. 156 del Código Civil .

»-Además interesa esta parte que se acuerde que la guarda y custodia del hijo Justiniano sea compartida entre D. Enrique y D.^a Flor , como viene realizándose desde la separación de hecho que se produjo el pasado 14 de abril de 2015, en interés del menor, por la buena relación que éste mantiene con los padres y por el tipo de trabajo que realiza el padre que le permitirá estar en su compañía más tiempo si se adopta esta medida.

»-El régimen de estancia con cada uno de los progenitores que se propone es el siguiente:

»El hijo estará con cada uno de los progenitores en semanas alternas, que se harán efectivas desde el lunes a la salida del Centro Escolar hasta el lunes siguiente a la entrada al Centro Escolar, en donde será entregado el menor, como viene haciéndose desde el pasado 14 de abril de 2015, por acuerdo extrajudicial de D. Enrique y D.^a Flor .

»-Cuando el lunes sea festivo, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro a las 10:30 horas.

»-Los progenitores podrán auxiliarse de parientes y personas allegadas para realizar la entregas y recogidas del menor.

»-Las vacaciones de verano se dividirán en períodos de 15 días y las de Semana Santa, Navidad y Fallas en dos períodos iguales, correspondiendo elegir, en caso de desacuerdo, a D. Enrique los años pares y a D.^a Flor los años impares cada uno de los períodos de estas vacaciones que le corresponderá estar con el hijo, debiendo avisar al otro progenitor de esta decisión con un mes de antelación al período vacacional por el que opte.

»-Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos períodos de igual duración, el primero comprenderá desde el último día de colegio, donde lo recogerá el progenitor a quien le corresponda hasta la mitad del periodo, a las 20 horas del día de la entrega. El segundo periodo comprenderá desde la entrega hasta el primer día de colegio después de las vacaciones, donde será llevado por el progenitor que lo tenga a su guarda.

»-Durante los diferentes periodos de custodia, el hijo residirá en la vivienda donde resida cada uno de los progenitores.

»-Asimismo durante los diferentes periodos de custodia, no se permitirá interferencia o contacto alguno del progenitor que no tenga la guarda en ese momento con el menor durante la semana que no le corresponda tener la guarda y custodia, con el fin de evitar conflictos y tensiones entre los progenitores que puedan afectar al menor. A tal fin D.^a Flor y/o su familia, deberán abstenerse de presentarse en el Colegio o donde se encuentre el menor en compañía del padre, para ver o estar con el menor, -como viene sucediendo en la actualidad con

el desagrado correspondiente de D. Enrique -, y respetar así la semana que le corresponda a D. Enrique , como hace éste con la semana de D.^a Flor .

»2º RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN CON EL HIJO MENOR:

»En atención a la solicitud de guarda y custodia compartida en semanas alternas que se hace en esta demanda y a los períodos que cada progenitor estará con el hijo, entendemos que no deberá acordarse régimen de comunicación con el menor. Es por ello, -como hemos dicho anteriormente-, que D.^a Flor y/o su familia, no podrá presentarse en el Colegio o donde se encuentre el menor en compañía del padre, cuando lo desee, para ver o estar con el menor, debiendo respetar la semana que le corresponda a D. Enrique estar con su hijo.

»De forma subsidiaria se propone el siguiente régimen de comunicación: D. Enrique y D.^a Flor podrán estar con su hijo y tenerlo en su compañía recogiénolo y reintegrándolo al domicilio (materno/paterno) los martes de cada semana en que no le corresponda estar con ellos, desde la salida del colegio o en su defecto desde las 17 horas hasta las 20 horas del mismo día y siempre que no perjudique sus actividades escolares o de aprendizaje extraescolar.

»El anterior régimen de comunicación subsidiario propuesto quedará suspendido durante los periodos de vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa.

»3º USO DEL DOMICILIO Y AJUAR CONYUGAL:

»Al ser D. Enrique y D.^a Flor propietarios, respectivamente, con carácter privativo de la mitad indivisa de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, sito en la CALLE000 NUM000 , bloque NUM001 , esc. NUM002 , puerta NUM003 , de Valencia, el Juzgado deberá establecer que D.^a Flor , para el caso de que no abandonase dicha vivienda, compense a D. Enrique con la cantidad de 300 € mensuales desde el 1 de junio de 2015 hasta el momento en que se proceda al reparto de todos los bienes, incluido este inmueble, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso, como que la vivienda está totalmente amueblada y equipada.

»En relación con nuestra petición anterior, el pasado 29 de mayo de 2015, D. Enrique comunicó a D.^a Flor , de forma fehacientemente (por burofax) la voluntad de aquél de que a partir del 1 de junio de 2015 abandonase dicho domicilio de la CALLE000 n° NUM000 , bloque NUM001 , esc. NUM002 , puerta NUM003 o, si lo deseaba, continuase en él pero pagando la cantidad de trescientos euros (300 €), incluido en dicho importe el 50 % de gastos de comunidad (teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el presente caso, como que la vivienda está totalmente amueblada y equipada) , como compensación por la pérdida de uso o disposición del 50 % del inmueble privativo a favor de D.^a Flor .

»4º PENSIÓN DE ALIMENTOS:

»Ambos progenitores satisfarán directamente, como viene sucediendo hasta ahora, los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios y extraordinarios al 50%.

»No obstante y sin perjuicio de lo anterior, como D. Enrique y D.^a Flor pactaron extrajudicialmente en el momento de la separación de hecho (14 abril 2015) que para hacer frente a los gastos ordinarios del menor correspondientes a educación y sanidad ingresarán mensualmente y por anticipado la cantidad de 100 €, cada progenitor, en la cuenta NUM004 o en la cuenta que decidan de común acuerdo, aquéllos continuarán cumpliendo el referido pacto, en interés del menor.

»La anterior cantidad aportada por cada progenitor será revisada al alza en función del incremento de los gastos del menor.

»5º PENSIÓN COMPENSATORIA:

»Al poseer ambos cónyuges independencia económica entiende esta parte que la disolución del matrimonio no produce desequilibrio, motivo por el que no deberá acordarse el establecimiento de pensión alguna a favor de ninguno de los progenitores.

»6º CARGAS Y DERECHOS DEL MATRIMONIO:

»Como el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes, ningún pronunciamiento deberá establecerse al respecto, sobre la contribución a las cargas de los bienes de los que D. Enrique y D.^a Flor son titulares con carácter privativo».

2.- La demanda fue presentada el 5 de junio de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia y fue registrada con el n.º 811/2015 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



3.- D.^a Flor contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba: «se dicte sentencia acordando expresamente las siguientes medidas definitivas:

«I.- Que se establezca un sistema de convivencia materna exclusiva con un régimen de visitas lo más amplio y flexible para el padre consistente en fines de semana alternos desde el viernes desde la salida del Centro Escolar hasta el lunes que será reintegrado en el Centro Escolar, así como dos tardes entre semana con pernocta debiendo reintegrarlo en el Centro Escolar.

»Subsidiariamente y para el supuesto que el juzgado considerara conveniente un sistema de convivencia compartida, se solicita una convivencia semanal de lunes a lunes, con entregas y recogidas en el Centro Escolar.

»Respecto de la semana cuya convivencia compartida corresponde al padre se establezca que la madre pueda estar en compañía de su hijo todos los días desde las 12 h, en que el menor sale para comer en el domicilio familiar hasta las 15 h en que será reintegrado al Centro Escolar por la progenitora y los sábados en que corresponda al padre estar con el menor durante el horario laboral del progenitor.

»En cuanto a las vacaciones escolares de Navidad, Fallas, Semana Santa y Pascua que se repartan por mitad, y en cuanto a las vacaciones de verano durante los meses de julio y agosto por semanas, eligiendo la madre los años pares y el padre los años impares.

»II.- Respecto del domicilio.- Atribuir a la madre D.^a Flor el uso y disfrute del domicilio familiar así como de la plaza de garaje, para que lo continúe ocupando junto con el menor, al encontrarse en la actualidad el padre ocupando una vivienda en régimen de alquiler.

»III.- En concepto de alimentos.- Se solicita se fije una pensión de alimentos con cargo al Sr. Enrique sea cual fuere el sistema de guarda y custodia que se fije por el Juzgado.

»Caso de que se fije una guarda y custodia materna como se solicita por esta parte se fije una pensión de alimentos de 500 € al mes.

»Si el juzgado fijase una convivencia compartida la suma de 350 € al mes.

»Dicha pensión deberá abonarse dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta designada al efecto y con las variaciones que sufra como consecuencia del IPC publicado por el INE y organismo que pudiera sustituirle.

»Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad, incluidos los gastos derivados del colegio, material escolar, uniforme, actividades extraescolares.

»Los gastos extraordinarios no necesarios, previo consentimiento de ambos en la misma proporción.

»IV.- Respecto de los préstamos.-

»Se fija el pago por mitad de los préstamos existentes entre las partes».

4.- Por auto n.º 358/2015 el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia de 26 de octubre se acordó la acumulación a ese procedimiento del seguido por las mismas partes y ante el mismo Juzgado con el n.º 1040/15, que fue iniciado por demanda interpuesta por D.^a Flor el día 15 de julio de 2015. En su demanda, D.^a Flor interesaba la adopción de las mismas medidas que solicitó en la contestación a la demanda del procedimiento 811/2015.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado dictó sentencia n.º 643/2016 de fecha 2 de diciembre, con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente la demanda formuladas por D. Enrique, representado por la procuradora de los Tribunales, D.^a María Del Mar Domingo Boluda y asistida del letrado D. Juan Antonio Mateos Mateos, contra D.^a Flor, representada por la procuradora de los Tribunales, D.^a María José Juan Baixauli y asistida de la letrada D.^a Isabel Pla Tormo y en el que ha sido parte el Ministerio Fiscal, debo declarar y declaro disuelto, por causa de divorcio el matrimonio contraído por los expresados con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, estableciendo las siguientes medidas:

»Elevar a definitivas las medidas aprobadas por Auto de 19.11.2015, dictado por este juzgado y por el cual se aprobaba el Pacto de Convivencia Familiar de 18.11.2015, suscrito por las partes y testimoniado, que quedó unido como parte integrante de la resolución y que pasan a detallarse; ello sin perjuicio de las excepciones que pasan igualmente a fijarse:



- »1. El hijo estará con cada uno de los progenitores en semanas alternas, que se harán efectivas desde el lunes a la salida del Centro Escolar hasta el lunes siguiente a la entrada al Centro Escolar, en donde será entregado el menor.
- »Cuando el lunes sea festivo, el progenitor que ha de hacer la entrega del niño, lo dejará en el domicilio del otro a las 10:30 horas.
- »Los progenitores podrán auxiliarse de parientes y personas allegadas para realizar la entregas y recogidas del menor.
- »Las vacaciones de verano se dividirán en períodos de 15 días y las de Semana Santa, Navidad y Fallas en dos periodos iguales, correspondiendo elegir, en caso de desacuerdo, a D. Enrique los años pares y a D.^a Flor los años impares cada uno de los periodos de estas vacaciones que le corresponderá estar con el hijo, debiendo avisar al otro progenitor de esta decisión con un mes de antelación al periodo vacacional por el que opte.
- »A estos efectos, el primer periodo vacacional estival comprenderá desde el último día de colegio hasta las 20 horas del día décimo quinto (15) [...], y el último periodo vacacional estival, terminará el primer día de colegio del niño.
- »Las vacaciones de Navidad se repartirán en dos períodos, el primero comprenderá desde el último día de colegio, donde lo recogerá el progenitor a quien le corresponda hasta la mitad del periodo, a las 20 horas del día de la entrega. El segundo periodo comprenderá desde la entrega hasta el primer día de colegio después de las vacaciones, donde será llevado por el progenitor que lo tenga a su guarda.
- »Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos períodos de igual duración, el primero comprenderá desde el último día de colegio, donde lo recogerá el progenitor a quien le corresponda hasta la mitad del periodo a las 20 horas del día de la entrega. El segundo periodo comprenderá desde la entrega hasta el primer día de colegio después de las vacaciones, donde será llevado por el progenitor que lo tenga a su guarda.
- »Durante los diferentes periodos de custodia, el hijo residirá en la vivienda donde resida cada uno de los progenitores.
- »Los progenitores podrán estar con su hijo y tenerlo en su compañía recogiéndolo y reintegrándolo al domicilio (materno/paterno) los miércoles de cada semana en que no le corresponda estar con ellos, desde la salida del colegio o en su defecto desde las 17 horas hasta las 20 horas del mismo día y siempre que no perjudique sus actividades escolares o de aprendizaje extraescolar.
- »El anterior régimen de comunicación propuesto quedará suspendido durante los periodos de vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa.
- »Ambos progenitores satisfarán directamente, como viene sucediendo hasta ahora los alimentos del menor en su propio domicilio, abonando los gastos ordinarios extraordinarios al 50%.
- »A modo orientativo y sin carácter exhaustivo deberá establecerse que son gastos ordinarios usuales los de vestido, los de educación, incluidos los universitarios en centros públicos (recibos que expida el centro educativo, matrícula, seguros, AMPA), ocio, las excursiones escolares, material escolar, transporte, uniformes, libros, aula matinal, comedor.
- »Son gastos ordinarios no usuales las actividades extraescolares, deportivas, idiomas, bailes, música, informática, campamentos o cursos de verano, viajes al extranjero, cumpleaños y otras celebraciones tales como Primera Comunión, así como los gastos de colegio/universidades privados, y las estancias en residencias universitarias, colegios mayores o similares.
- »Los anteriores gastos ordinarios usuales o no deben ser siempre consensuados de forma expresa y escrita para poderse compartir el gasto y a falta de acuerdo, sufragados por quien de forma unilateral haya tomado la decisión, sin que proceda la autorización judicial subsidiaria para que se comparta el gasto al no revestir el carácter estrictamente necesario, y sin perjuicio de ello de la acción del artículo 156 del Código civil, si la discrepancia estriba en si debe o no el menor realizar la actividad.
- »Se entiende por gastos extraordinarios los que tengan carácter excepcional, imprevisible, y estrictamente necesario. Expresamente se consideran gastos extraordinarios de educación las clases de apoyo escolar motivadas por un deficiente rendimiento académico. Asimismo, los gastos odontológicos y tratamientos bucodentales incluida la ortodoncia, logopeda, psicólogo, prótesis, fisioterapia o rehabilitación (incluida la natación) con prescripción facultativa, óptica, gastos de farmacia no básicos y con prescripción médica, y en general los no cubiertos por la sanidad pública o por el seguro médico privado que puedan tener las partes.



»Los gastos extraordinarios deben ser siempre consensuados y en caso de discrepancia deben ser autorizados por el juzgado, instándose acción del artículo 156 del Código civil , salvo razones objetivas de urgencia.

»El consenso debe alcanzarse de forma expresa y escrita antes de hacer el desembolso, sin embargo, la atención a la peculiar naturaleza de los gastos extraordinarios, se entenderá prestada la conformidad, si requerido a tal efecto un progenitor por el otro, de forma fehaciente, es decir que conste sin lugar a dudas la recepción del requerimiento, se dejare transcurrir un plazo de diez días hábiles sin hacer manifestación alguna. En el requerimiento que realice el progenitor que pretende hacer el gasto, se deberá detallar cuál es el gasto concreto que precise el hijo y se adjuntará presupuesto donde figure el nombre del profesional que lo expide.

»En cuanto a las comunicaciones necesarias en relación con el hijo, se establece como medida de comunicación válido el WhatsApp.

»En relación a los respectivos domicilios, cada progenitor continuará viviendo en compañía de su hijo en el domicilio en que lo vienen haciendo en la actualidad, con la matización siguiente:

»Respecto de uso y disfrute de la vivienda, el mismo deberá ser compartida entre los progenitores, si bien atribuyendo el uso de la misma por anualidades alternas, que perdurará hasta que procedan a separar los patrimonios que tienen en común y sin compensación por pérdida del uso. La progenitora que actualmente está en el uso sea la que se mantenga en el mismo durante la primera anualidad.

»En cuanto a los gastos del menor, cada progenitor contribuirá directamente a los gastos del hijo del periodo de permanencia del mismo y para satisfacer los gastos de comedor escolar, judo y clases de inglés se ingresará 100 euros por cada uno de ellos en la cuenta en la que se está realizando».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de Valencia, que lo tramitó con el n.º de rollo 144/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 12 de abril de 2017 , cuyo fallo dispone:

«Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de la sra. Flor contra la sentencia dictada en fecha 2 de diciembre de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia , y se revoca en parte la citada resolución, y en consecuencia, se atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre hasta que el hijo alcance la mayoría de edad. Se mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia. No se imponen costas».

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

1.- D. Enrique interpuso recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Infracción de la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo sobre la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar en los supuestos de custodia compartida y la vivienda que constituyó el domicilio familiar es privativa de ambos: la interpretación del artículo 96 del Código Civil (CC)».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 8 de noviembre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Enrique que presentó escrito de interposición de recurso de casación, contra la sentencia dictada, con fecha 12 de abril de 2017, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, en el rollo de apelación 144/2017 , dimanante de los autos de juicio de divorcio 811/15 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 22 de enero de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 13 de febrero de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras el divorcio de los litigantes. En el caso son datos relevantes: que el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes y que pertenecen en copropiedad ordinaria a ambos litigantes el inmueble que fue vivienda familiar y otros inmuebles; que tienen un hijo en común menor de edad y que se ha acordado un sistema de custodia compartida.

1.- Está probado (fundamento jurídico segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial) que:

«El cese de la convivencia se produjo en abril de 2015, quedando la progenitora en el que fuera el domicilio familiar, sito en la CALLE000 n.º NUM000 bloque NUM001 , escalera NUM002 , puerta NUM003 de Valencia, trasladando el progenitor u domicilio a la vivienda de sus padres y posteriormente a una en régimen de alquiler. Ambos tienen un hijo en común, Justiniano , nacido el NUM005 de 2010. Desde el cese de la convivencia el menor ha residido con sus progenitores por semanas alternas».

La sentencia declara también como probado lo siguiente:

«D.^a Flor trabaja como dependienta en el Corte Inglés con un horario a turnos de mañanas y tardes por semanas alternas, en la empresa Textil Lonía S.A. y percibe unos ingresos mensuales aproximados de 1.200 euros.

»D. Enrique explota un negocio de peluquería a través de la sociedad IE CASANY S.L., es socio único de dicha entidad, teniendo contratada la mercantil a una persona a la que abona la suma de 530 euros mensuales».

Consta en los autos y resulta de los escritos de ambas partes (incluida una sentencia aportada por D.^a Flor , dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Valencia de fecha 7 de junio de 2017) que los demandantes son cotitulares por mitades de dos viviendas, dos plazas de garaje y un local.

2.- D. Enrique solicitó, en su demanda de divorcio (e igualmente en la contestación a la demanda que presentó D.^a Flor y que dio lugar a un procedimiento que fue acumulado al actual) que, puesto que ambos eran copropietarios de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, para el caso de que D.^a Flor no abandonase la vivienda, fuera condenada a compensarle con la cantidad de 300 € mensuales desde el 1 de junio de 2015 hasta el momento en que se procediera al reparto de todos los bienes, incluido este inmueble, teniendo en cuenta las rentas pagadas por alquileres de viviendas similares en la misma zona y las demás circunstancias concurrentes en el caso, como que la vivienda está totalmente amueblada y equipada.

D.^a Flor ha interesado en sus escritos (tanto en su demanda de divorcio como en la contestación a la demanda de D. Enrique) que se le adjudique a ella el uso de la vivienda familiar «para que lo continúe ocupando junto con el menor, al encontrarse en la actualidad al padre ocupando una vivienda en régimen de alquiler».

3.- El 19 de noviembre de 2015, en pieza de medidas provisionales, el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia dictó auto por el que aprobaba las medidas incluidas por las partes en un acuerdo, conforme al cual, por lo que ahora interesa, en relación con la guarda del hijo menor acordaban un sistema de convivencia compartida por semanas alternas y «en relación a los respectivos domicilios, cada progenitor continuará viviendo en compañía de su hijo en el domicilio en que lo vienen haciendo en la actualidad, sin perjuicio de lo que se decida en su día en el procedimiento principal».

4.- La sentencia de primera instancia dictada el 2 de diciembre de 2016 acuerda:

«En relación a los respectivos domicilios, cada progenitor continuará viviendo en compañía de su hijo en el domicilio en que lo vienen haciendo en la actualidad, con la matización siguiente: Respecto de uso y disfrute de la vivienda, el mismo deberá ser compartido entre los progenitores, si bien atribuyendo el uso de la misma por anualidades alternas, que perdurará hasta que procedan a separar los patrimonios que tienen en común y sin compensación por pérdida del uso. La progenitora que actualmente está en el uso sea la que se mantenga en el mismo durante la primera anualidad».

La sentencia adopta esta decisión «porque entiende que existe una desproporción o desequilibrio económico entre ambos progenitores, como así ha quedado probado en virtud de la prueba practicada, fundamentalmente por el interrogatorio de la parte demandante».

5.- Recurre D.^a Flor en apelación. Por lo que interesa a efectos del presente recurso, alega que el pronunciamiento contenido en la sentencia por el que se atribuía el uso del domicilio familiar de forma compartida entre los progenitores y por anualidades alternas hasta la separación de patrimonios causaba un mayor desequilibrio entre las partes, pues el Sr. Enrique ya tenía cubierta su necesidad de vivienda mientras que ella, con sus ingresos, no podría asumir el coste de un alquiler para satisfacer esa misma necesidad durante la anualidad en la que no le correspondiera el uso. De otro lado, añade que el apelado no solicitó el



disfrute de la vivienda para sí, pues sólo interesó que se acordase una compensación económica por la pérdida del derecho de uso.

6.- La Audiencia Provincial, por sentencia de 12 de abril de 2017, estima parcialmente el recurso de apelación y revoca la sentencia de primera instancia, dictando sentencia por la que atribuye el uso de la vivienda familiar a la madre hasta que el hijo alcance la mayoría de edad, manteniendo el resto de pronunciamientos.

La Audiencia basa su decisión en el siguiente razonamiento:

«[E]l artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente". Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014, entre otras).

»El interés más necesitado de protección ha sido valorado en la sentencia, siendo la esposa la que queda en una peor situación tras la ruptura y la que ha venido disfrutando del domicilio (titularidad de ambos litigantes) hasta ahora y la que considera este Tribunal que debe permanecer en el mismo hasta que el menor alcance la mayoría de edad».

SEGUNDO.- D. Enrique interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional.

1.- El recurso se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del art. 96 y del art. 348 CC y art. 33 CE, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en las recientes sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2017, rec. 1021/2016 y 12 de marzo de 2017, rec. 2014/2016, así como las que se citan en estas. Argumenta que la sentencia recurrida establece una limitación temporal excesiva y desproporcionada en la atribución del uso del bien privativo con lo que se vulnera el derecho de propiedad y se impide la separación de patrimonios. Señala que en el caso es decisivo que la vivienda que constituyó el domicilio familiar es privativa de ambos, que existen otros inmuebles en fase de división y que esa división está ahora paralizada por voluntad de la progenitora beneficiada del uso de la vivienda.

Se reprocha a la Audiencia Provincial que no haya sabido ponderar las circunstancias concurrentes del caso para la asignación por un periodo inferior: D.^a Flor tiene una nómina mensual de 1.200 € y dispone de otros dos inmuebles (piso y local) además de la vivienda cuyo uso se le atribuye, lo que permite vislumbrar que la progenitora beneficiaria va a mejorar de fortuna cuando se produzca la separación de patrimonios, de modo que podrá acceder a otra vivienda, o tener liquidez suficiente para adquirir en breve plazo una vivienda.

Solicita que, con estimación del recurso, se dicte sentencia con el siguiente alcance:

«1.- La confirmación de la sentencia de 2 de diciembre de 2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 8, de Valencia en lo que se refiere a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, así como del ajuar y mobiliario existente por anualidades alternas hasta que procedan a separar patrimonios que tienen en común. Limitación del uso más ponderada y sensata que la que ofrece la Audiencia Provincial de Valencia.

»2.- La compensación por parte de la Sra. Flor al Sr. Enrique con el 50 % del importe de una renta media para un inmueble similar en esa zona, por la pérdida de uso o disposición del 50 % del inmueble privativo a favor de aquella desde el 2 de diciembre de 2017, fecha en que le hubiera correspondido el uso y disfrute de la vivienda conforme a la sentencia de 2 de diciembre de 2016 hasta el 1 de diciembre de 2018, y hasta que culmine la separación de patrimonios. Estimamos que es una medida de justicia, razonable y disuasoria dado que esos procesos se pueden alargar en el tiempo por diversas causas, retraso en el propio órgano judicial o por abuso o mala fe procesal de una de las partes».

2.- D.^a Flor presenta escrito de oposición al recurso en el que sostiene que el recurso es inadmisibile: i) porque las sentencias invocadas por el recurrente se refieren a casos diferentes, por lo que su doctrina no es aplicable al caso: porque la de 12 de mayo de 2017 se refiere a un caso en el que la vivienda era del progenitor al que no se le adjudicó el uso y en la de 14 de marzo de 2017 existía paridad económica entre los progenitores; sostiene



que el presente caso es diferente porque la vivienda pertenece en copropiedad a los dos y la sentencia de la Audiencia ha valorado la situación de ambos y ha considerado que el de la madre es el interés más necesitado de protección; ii) porque en el recurso se ha introducido una petición nueva, la solicitud de compensación económica equivalente al 50% del importe de una renta media para un inmueble similar en esa zona desde el 2 de diciembre de 2017 hasta que culmine la separación de patrimonios.

3.- El Ministerio Fiscal emite dictamen en el que interesa la casación de la sentencia recurrida y que se dicte sentencia en el sentido solicitado por el recurrente, adjudicando a la progenitora la vivienda durante un plazo de uno o dos años a fin de que, en ese periodo de tiempo, bien mediante adjudicación de bienes o bien mediante el dinero en metálico que perciba de la liquidación de los bienes, pueda procurarse una vivienda digna que satisfaga las necesidades del menor y sus propias necesidades.

TERCERO.- La cuestión jurídica que se plantea es la de la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de custodia compartida.

Para la resolución del recurso debe partirse del siguiente marco normativo y jurisprudencial:

1.ª) El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) declara que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

El mismo artículo establece a continuación que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta, entre otros criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, la satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas [art. 2.2.a)].

Añade, finalmente el art. 2.4 que:

«En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. 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. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados».

2.ª) El art. 96 CC establece los criterios que debe tener en cuenta el juez para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar en caso de que no exista acuerdo de los progenitores o que el acuerdo no supere el control de lesividad a que se refiere el art. 90.2 CC.

Pero el art. 96 no contempla el caso de que se haya acordado la custodia compartida. En ausencia de una previsión legal, esta sala ha declarado que no procede la aplicación del primer párrafo del art. 96 CC, dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del art. 96 CC del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, «el Juez resolverá lo procedente».

De acuerdo con la doctrina de esta sala, en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los periodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

Pero 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).

CUARTO.- Esta sala considera que la sentencia recurrida, al atribuir a la madre el uso de la que fue vivienda familiar durante la convivencia del matrimonio hasta que el hijo alcance la mayoría de edad, no se ajusta a la interpretación y aplicación que debe realizarse del art. 96 CC a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor.

La valoración del interés del menor ha llevado en el presente caso a adoptar un sistema de custodia compartida, lo que en este momento no se discute. La ponderación de las circunstancias realizada por las sentencias de instancia ha llevado a ambas a acordar la atribución de la vivienda a D.ª Flor : atribuyendo el uso por anualidades alternas hasta la división del patrimonio que tienen en común los litigantes, pero manteniéndole a



ella el uso durante la primera anualidad en la sentencia de primera instancia; atribuyéndole a ella el uso hasta que el hijo alcance la mayoría de edad en la sentencia de apelación.

Lo que se discute ahora es si procede la atribución del uso de la vivienda que fue familiar durante el tiempo fijado en la sentencia recurrida, teniendo en cuenta que el niño nació en 2010 y no alcanzará la mayoría de edad hasta 2028 o, por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta misma sala, lo que procede es acordar una atribución temporal, dirigida a facilitar la transición a la nueva situación de custodia compartida, como hizo la sentencia de primera instancia y solicita el recurrente.

En el caso, concurre el interés legítimo del padre, cotitular de la vivienda, de poder disponer de ella y, a la vista de las circunstancias probadas, deben priorizarse, como dice el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor, las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.

Debe tenerse en cuenta que el límite fijado por la sentencia recurrida, que remite a la mayoría de edad del hijo, equivale a una atribución indefinida, pues cuando el hijo alcance la mayoría de edad ya no existirá custodia compartida y el hijo podrá permanecer con aquel de los progenitores que desee, tal y como para un caso semejante declaró la sentencia 434/2016, de 27 de junio .

La ponderación de las circunstancias concurrentes (D.^a Flor tiene un salario mensual de 1.200 euros y es copropietaria, por mitades indivisas, junto con D. Enrique , del inmueble que fue vivienda familiar, de otra vivienda en el mismo bloque, de un local comercial y dos plazas de garaje) permite concluir que, con su sueldo y con lo que resulte de la división del patrimonio común, D.^a Flor podrá disponer de una vivienda que permita hacer efectivo el sistema de custodia compartido establecido en interés del menor.

Como dice el Ministerio Fiscal en su Dictamen: Se ha de tener en cuenta que si en la adjudicación de bienes se atribuye a la madre el piso de la planta NUM006 del edificio en el que también radica la vivienda familiar (ahora alquilado), la recurrida se encontraría con el uso y disfrute de dos viviendas y el padre sin ninguna. Si por el contrario se le adjudica la vivienda que ha sido familiar, la recurrida pasa a tener la propiedad en exclusiva y el uso de la misma. Si no se llega a la adjudicación de los lotes y los inmuebles se venden en subasta pública, la progenitora adquirirá una liquidez monetaria que le ha de permitir la adquisición o alquiler de una vivienda similar a la que ahora disfruta y digna para acoger a su hijo en los periodos de convivencia. Se ha de tener en cuenta, además, que desarrolla una actividad laboral retribuida con 1.200 € mensuales y se han de repartir el metálico de las cuentas corrientes conjuntas.

Por todo lo expuesto, se estima el motivo del recurso, se casa la sentencia recurrida en el extremo concreto referido a la atribución del uso de la vivienda a la madre hasta que el hijo alcance la mayoría de edad y se confirma la sentencia del Juzgado.

No puede ser estimada la solicitud del recurrente de una compensación por el tiempo que D.^a Flor ha ocupado la vivienda después de transcurrido el plazo del primer año fijado por la sentencia de primera instancia, puesto que tal uso ha venido haciéndose bajo el amparo de la sentencia recurrida.

QUINTO.- La estimación del recurso de casación conlleva que no se imponga especialmente 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 disp. 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 por D. Enrique contra la sentencia dictada, con fecha 12 de abril de 2017, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, en el rollo de apelación 144/2017 , dimanante de los autos de juicio de divorcio 811/15 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Valencia.

2.º- Casar la citada sentencia en el único sentido de suprimir la revocación que hizo de la sentencia de primera instancia por lo que se refiere al uso de la vivienda familiar, confirmando en este punto la sentencia de primera instancia.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ