



Roj: **STS 3348/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3348**

Id Cendoj: **28079110012017100487**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **3859/2016**

Nº de Resolución: **517/2017**

Procedimiento: **Casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 2429/2016,**
STS 3348/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Jesús Luis , representado por el procurador D. Luis Sánchez González bajo la dirección letrada de D.ª M.ª del Carmen Alarcón Prieto, contra la sentencia dictada el 30 de septiembre de 2016 por la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación n.º 72/2016 dimanante de las actuaciones de divorcio contencioso n.º 1146/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña. Ha sido parte recurrida D.ª Genoveva , representada por el procurador D. Anibal Bordallo Huidobro y bajo la dirección letrada de D. Jacobo Amarello Barreiro. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- D.ª Genoveva , interpuso demanda de divorcio, guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos a favor de los hijos menores nacidos de la relación matrimonial contra D. Jesús Luis en la que solicitaba:

«[S]e dicte en su día sentencia acordando la disolución del matrimonio por divorcio de doña Genoveva y D. Jesús Luis , celebrado en A Coruña el 09 de septiembre de 2000, y una vez sea firme la sentencia, se libre mandamiento dirigido al Registro Civil de A Coruña para la inscripción de la misma, se revoquen los poderes mutuos que puedan existir y se aprueben las medidas que en el futuro regularán los efectos del divorcio que se indican a continuación. Todo ello con expresa imposición de costas al demandado si se opusiera de forma temeraria a esta pretensión.

»Medidas que regularán los efectos de la separación y que deberán aprobarse con la sentencia:

»Medidas:

»a) Se otorgue la guarda y custodia de los hijos menores del matrimonio a la madre doña Genoveva . Si bien la Patria Potestad será compartida por ambos progenitores.

»b) En cuanto al régimen de visitas, el padre, disfrutará de la compañía de los menores en fines de semana alternos y una tarde, de manera que el fin de semana que le corresponda al padre, el disfrute se extenderá desde el viernes hasta el domingo hasta las 20.30 horas que los menores serán reintegrados al domicilio familiar que ocupará la madre. Una tarde entre semana entre las 17,20 horas o salida del centro escolar hasta las 20,00 horas, sin coincidir con la tarde de los miércoles, si le es posible al padre, que vienen siendo desde que los niños son pequeños, las tardes que aprovechan a estar con su abuela.



- »c) Con respecto a las vacaciones escolares de Verano, Navidad y Semana Santa, serán divididas por quincenas en Verano y por partes iguales los otros periodos vacacionales, tomando como referencia el inicio y el fin de curso de la Comunidad Autónoma de Galicia para las diferentes etapas correspondientes a la edad de los niños tal como se expresa en el apartado b) y c) de medidas.
- »d) Igualmente los días festivos y los no lectivos que vayan unidos al fin de semana y los que impliquen "puente", serán disfrutados por el progenitor al que le corresponda el fin de semana al que vayan unidos.
- »e) La festividad del día del Padre estarán con Jesús Luis , y el día de la Madre estarán con Genoveva . El día del cumpleaños de los menores, NUM000 y NUM001 , los niños juntos, cada año, lo pasarán con un progenitor, a falta de acuerdo, los años pares con el padre y los impares con la madre, tras la salida del colegio si concurren en días lectivos, y día completo si concurren en días no lectivos o festivos, independientemente del turno ordinario de visitas que le pudiera corresponder a uno u otro, Todo ello a falta de acuerdo de los padres.
- »h) Las comunicaciones del progenitor que no se encuentre con los menores en estos periodos vacacionales, serán las normales.
- »i) La Primera Comunión y Confirmación, para el caso del pequeño Melchor puesto que su hermana Natalia ya la realizó, y sea imposible la celebración conjunta de familias extensas, y a falta de acuerdo, se sugiere se realice la celebración por separado.
- »j) La pensión de alimentos se fije en 1.376,50 euros para Dolores y 1.376,50 € para Melchor , que se ingresaran dentro de los 10 primeros días de cada mes. Tal como se expresa en el hecho sexto apartado j) de las medidas.
- »k) Los niños, deberán de estar amparados, al menos, sanitariamente por el Régimen General de la Seguridad Social, aunque hasta ahora vienen estando cubierto sanitariamente por DKV.
- »l) En cuanto a la vivienda familiar, procede que se atribuya en exclusiva a los menores y a doña Genoveva su uso y disfrute, así como la del ajuar familiar.
- »m) Los gastos extraordinarios consensuados, previa justificación documental del progenitor que los tuviera, deberán ser abonados a partes iguales.
- »o) Pensión compensatoria para doña Genoveva que se fundamentó en el apartado décimo.
- »p) Indemnización del artículo 1438 CC que se fundamentó en el apartado undécimo».

2.- La demanda fue presentada el 24 de septiembre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña y fue registrada con el n.º 1146/2014 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El Fiscal contestó a la demanda mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2014.

4.- D. Luis Sánchez González presentó el 6 de octubre de 2014 y ante los Juzgados de Primera Instancia de A Coruña, demanda de separación contra D.ª Genoveva en la que solicitaba:

«[D]icte en su día sentencia por la que, estimando la demanda interpuesta por esta parte, se acuerde la separación del matrimonio formado por don Jesús Luis y doña Genoveva , con la adopción de las siguientes medidas:

- »1.- La guarda y custodia de los dos hijos del matrimonio corresponderá al padre sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores.
- »2.- Régimen de estancias con la madre deberá establecerse de la forma que mejor convenga a los intereses de los menores y respetando siempre su horario escolar.
- »En caso de discrepancia, la madre podrá tener a sus dos hijos en su compañía:
- »Fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, extendiendo la estancia de los menores con su madre cuando coincida algún festivo unido al fin de semana o puente escolar.
- »Navidad: desde el 22 hasta el 30 de diciembre los años pares y desde el 31 de diciembre hasta el 7 de enero los años impares;
- »Semana Santa: desde el viernes anterior hasta el Miércoles Santo los años pares, y desde el Miércoles Santo hasta el Lunes de Pascua los años impares;
- »Vacaciones de verano: Las vacaciones escolares de verano se dividirán por mitad entre ambos progenitores, desde el inicio de las vacaciones hasta el 31 de julio y desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso escolar,



pudiendo elegir la madre los años pares y el padre los años impares, comunicando la elección al otro progenitor con un mes de antelación.

»La madre recogerá a sus hijos en el domicilio paterno y los devolverá al mismo lugar.

»La hora de entrega y recogida de la menor durante las vacaciones será la de las 19 horas.

»3.- El uso del domicilio familiar corresponderá a los hijos y al padre.

»4.- Alimentos. Doña Genoveva abonará a don Jesús Luis en concepto de alimentos para sus dos hijos la cantidad de 600 euros mensuales, 300€ para cada uno. Esta cantidad deberá ingresarla dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto se señale y deberá actualizarse anualmente conforme al IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

»Además, deberá fijarse la obligación de la madre de abonar el 50% del material escolar y libros de principio de curso, los gastos médicos y farmacéuticos de los menores no cubiertos por la seguridad social y el 50% de los gastos extraordinarios de los menores».

5.- Mediante auto de fecha 17 de noviembre de 2014 se acordó la acumulación de procesos, ordenándose que la demanda de D. Luis Sánchez González se acumule al proceso más antiguo que sería la demanda presentada por D.^a Genoveva .

6.- D. Luis Sánchez González contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

»[D]icte sentencia por lo que se estime parcialmente la demanda, y se acuerde el divorcio de los litigantes con las siguientes medidas:

»I.- La guarda y custodia de los dos hijos del matrimonio corresponderá al padre sin perjuicio del ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores.

»1.- Régimen de estancias con la madre deberá establecerse de la forma que mejor convenga a los intereses de los menores y respetando siempre su horario escolar.

»En caso de discrepancia, la madre podrá tener a sus dos hijos en su compañía:

»Fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, extendiendo la estancia de los menores con su madre cuando coincida algún festivo unido al fin de semana o puente escolar.

»Navidad: desde el 22 hasta el 30 de diciembre los años pares y desde el 31 de diciembre hasta el 7 de enero los años impares.

»Semana Santa: desde el viernes anterior hasta el Miércoles Santo los años pares, y desde el Miércoles Santo hasta el Lunes de Pascua los años impares.

»Vacaciones de verano: Las vacaciones escolares de verano se dividirán por mitad entre ambos progenitores, desde el inicio de las vacaciones hasta el 31 de julio y desde el 1 de agosto hasta el inicio del curso escolar, pudiendo elegir la madre los años pares y el padre los años impares, comunicando la elección al otro progenitor con un mes de antelación.

»La madre recogerá a sus hijos en el domicilio paterno y los devolverá al mismo lugar.

»La hora de entrega y recogida de la menor durante las vacaciones será la de las 19 horas.

»2.- El uso del domicilio familiar corresponderá a los hijos y al padre.

»3.- Alimentos. Doña Genoveva abonará a don Jesús Luis en concepto de alimentos para sus dos hijos la cantidad de 600 euros mensuales, 300 € para cada uno. Esta cantidad deberá ingresarla dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que al efecto se señale y deberá actualizarse anualmente conforme al IPC publicado por el INE u organismo que lo sustituya.

»Además, deberá fijarse la obligación de la madre de abonar el 50% del material escolar y libros de principio de curso, los gastos médicos farmacéutico de los menores no cubiertos por la seguridad social y el 50% de los gastos extraordinarios de los menores.

»II.- Con carácter subsidiario mi representado solicita la guarda y custodia compartida permaneciendo los menores con cada uno de los progenitores por periodos semanales de viernes a viernes, recogiendo a los menores a la salida del colegio y dividiéndose los periodos vacacionales entre ambos a partes iguales y de la siguiente forma:

»Navidad: desde el 22 hasta el 30 de diciembre los años pares y desde el 31 de diciembre hasta el 7 de enero los años impares.



»Semana Santa: desde el viernes anterior hasta el Miércoles Santo los años pares, y desde el Miércoles Santo hasta el Lunes de Pascua los años impares.

»Vacaciones de verano: Las vacaciones escolares de verano se dividirán por mitad entre ambos progenitores, en periodos de 15 días: el primer periodo desde el inicio de las vacaciones (según calendario escolar) hasta el 15 de julio y desde el 1 de agosto hasta el 15 del mismo mes, y el segundo periodo desde el 15 de julio hasta el 31 del mismo mes y desde el 15 de agosto hasta el inicio del curso escolar, pudiendo elegir la madre los años pares y el padre los años impares, comunicando la elección al otro progenitor con un mes de antelación.

»1.- Ambos progenitores contribuirán al sostenimiento de los menores en proporción a sus respectivos ingresos, por lo que el padre abonará el coste del colegio al que asisten los menores y abrirán una cuenta corriente en la que ingresarán mensualmente la cantidad de 300 € cada uno para los gastos comunes.

»2.- El uso del domicilio familiar situado en la C/ DIRECCION000 n.º NUM002 , NUM003 debe ser atribuido al padre y a los menores Dolores y Melchor en los periodos que le Corresponda estar con él.

»Con carácter subsidiario si el juzgador acuerda atribuírselo a la madre, deberá ser con carácter temporal y limitado a un año».

7.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña dictó sentencia n.º 521/2015 de fecha 2 de octubre , con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por procuradora doña Carmen Camba en nombre y representación de doña Genoveva contra don Jesús Luis representado por el procurador don Luis Sánchez debo declarar disuelto por divorcio el matrimonio celebrado entre doña Genoveva y don Jesús Luis , sin expresa imposición de las costas procesales, y con las siguientes medidas:

»1.ª- Atribuir el ejercicio de la patria potestad y la guarda y custodia de los menores, de forma compartida a ambos progenitores por semanas de lunes a domingo y de forma alternativa en el tiempo. El progenitor al que le corresponda la guarda, recogerá el domingo a los menores, entre las 18 y 20 horas, en el domicilio del otro progenitor.

»2.ª- En cuanto a las vacaciones de semana santa, verano y navidad, dichos períodos se disfrutarán por mitad, distribuyéndose las de verano en dos periodos. Desde el final del período escolar y el mes de julio, y el mes de agosto hasta el comienzo del colegio, correspondiendo a la madre elegir el mes en los años pares y al padre en los impares, manteniéndose durante los restantes meses vacacionales el sistema de custodia por semanas alternas. Los menores de entregarán al otro progenitor en su domicilio el último día del período vacacional correspondiente a las 20 horas.

»3.ª- Cada uno de los progenitores se hará cargo de la manutención de los menores cuando los tenga consigo, entendiéndose por tal, los gastos referidos a alimentos y vestido, abonándose por mitad entre los progenitores los gastos extraordinarios de los menores, entendiéndose por tal los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social y/o mutua sanitaria y todos aquellos que por su propia naturaleza son imprevisibles y de imposible cuantificación hasta su nacimiento, los cuales deberán ser consensuados, salvo que revistan carácter de urgencia, en cuyo caso deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del otro progenitor.

»4.ª- Se atribuya el uso de la vivienda familiar a doña Genoveva , durante un periodo de dos años».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 72/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2016 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Sr. Roberto (sic) contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña y la revocamos en el sentido de que debe fijarse la pensión de alimentos para los dos hijos a pagar por el Sr. Jesús Luis en la cantidad de 400 euros mensuales en total, que deberá ser satisfecha durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre y que se actualizará conforme a las variaciones que experimente el IPC o índice que lo sustituya.

»Asimismo, debe revocarse la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda.

»Confirmamos en su integridad el resto de pronunciamientos de la sentencia apelada.

»No se imponen las costas en la alzada».

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

1.- D. Jesús Luis interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Único: Al amparo del artículo 477.2.3.º por vulneración o aplicación indebida del artículo 96 del Código Civil, en relación con los artículos 348 del mismo texto legal y el art. 33 de la Constitución, en la interpretación contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 24 de octubre de 2014, 9 de septiembre de 2015, 26 de junio de 2016, 27 de junio de 2016, 21 de julio de 2016, y 16 de septiembre de 2016, en el sentido de que procedería no otorgar el uso a ninguno de los cónyuges o determinar una temporalidad en el uso de la vivienda privativa del esposo por no más de dos años, al haberse acordado la custodia compartida de los dos hijos menores».

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 15 de marzo de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Jesús Luis, contra la sentencia dictada con fecha 30 de septiembre de 2016 por la Audiencia Provincial de La Coruña (sección quinta), en el rollo de apelación n.º 72/2016, dimanante de los autos de juicio de divorcio n.º 1146/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de La Coruña».

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 13 de julio de 2017 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 septiembre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - La Sra. Genoveva y el Sr. Jesús Luis se casaron en el año 2000 bajo el régimen de separación de bienes. Tienen dos hijos, nacidos en 2004 y 2008.

El 24 de septiembre de 2014 la Sra. Genoveva interpone demanda de divorcio contra el Sr. Jesús Luis y el 6 de octubre de ese mismo año el Sr. Jesús Luis interpone demanda de separación matrimonial contra la Sra. Genoveva en la que también se refiere a la disolución del matrimonio. A petición de la Sra. Genoveva, el Juzgado dicta Auto el 17 de noviembre por el que se ordena la acumulación del proceso más moderno al más antiguo para su sustanciación en un mismo procedimiento.

El 9 de diciembre de 2014 el Juzgado fija como medidas provisionales la guarda de los hijos menores por la madre, el pago a cargo del marido de 2.000 euros al mes en concepto de cargas familiares y alimentos a los hijos y la atribución de la vivienda a los hijos y esposa.

El 2 de octubre de 2015 el Juzgado dicta sentencia por la que estima parcialmente la demanda. Declara disuelto el matrimonio y acuerda las siguientes medidas:

«Se atribuye la guarda y custodia de los hijos menores, de forma compartida a ambos progenitores, por semanas de lunes a domingo y forma alternativa en el tiempo, con ejercicio compartido de la patria potestad.

»En cuanto a las vacaciones de Semana Santa, verano y Navidad, dichos periodos se disfrutaran por mitad, distribuyéndose las de verano en dos periodos, desde el final del periodo escolar y el mes de julio, y el mes de agosto hasta el comienzo del colegio, correspondiendo a la madre elegir el mes en los años pares y al padre en los impares, manteniéndose durante los restantes meses vacacionales el sistema de custodia por semanas alternas. Los menores se entregaran al otro progenitor en su domicilio el último día del periodo vacacional correspondiente, a las 20 horas.

»Cada uno de los progenitores se hará cargo de la manutención de los menores cuando los tenga consigo, entendiéndose por tal, los gastos referidos a alimentos y vestido, abonándose por mitad entre los progenitores los gastos extraordinarios de los menores, entendiéndose por tal los gastos médicos no cubiertos por la seguridad social y/o mutua sanitaria y todos aquellos que por su propia naturaleza son imprevisibles y de imposible



cuantificación hasta su nacimiento, los cuales deberán ser consensuados, salvo que revistan carácter de urgencia, en cuyo caso deberán ponerlos inmediatamente en conocimiento del otro progenitor.

»Se atribuye el uso y disfrute del domicilio conyugal a la madre e hijos, durante un periodo de dos años».

Por lo que aquí interesa, la sentencia motiva su decisión respecto de la adjudicación del uso de la vivienda, propiedad del Sr. Jesús Luis , y que la demandante solicitaba sin límite temporal, con el siguiente razonamiento:

«Al otorgar la custodia compartida por semanas produce como consecuencia la no aplicación de la doctrina jurisprudencial de atribución de la vivienda a quien se le concede la custodia. Por tanto, al estar acreditado que ambos perciben un salario, no consta la necesidad de que a D.^a Genoveva se le conceda el uso de la vivienda familiar *sine die* , por lo que de acuerdo con el art. 96.2 CC , aplicado analógicamente, se fija un plazo de dos años durante el que la madre podrá hacer uso de la vivienda familiar, tras el que deberá abandonarla, salvo pacto entre las partes».

2. - La Sra. Genoveva interpone recurso de apelación en el que impugna los siguientes pronunciamientos de la sentencia: i) La atribución de la guarda y custodia de forma compartida entre ambos progenitores. ii) La pensión de alimentos. Solicita que se establezca la obligación de su abono a cargo del padre en la cuantía fijada en sede de medidas provisionales, 2.000 euros o, subsidiariamente, en la cantidad de 1.500 euros. iii) La limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda. iv) La denegación de la solicitud de una pensión compensatoria.

El Sr. Jesús Luis se opone al recurso y solicita su desestimación.

3. - La Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso y declara la procedencia de una pensión de alimentos para los dos hijos a cargo del padre en la cantidad de 400 euros mensuales en total. Asimismo revoca la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda.

Los Fundamentos de Derecho tercero y cuarto de la sentencia que se refieren a estas dos medidas son del siguiente tenor literal:

«TERCERO.- *Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda.* Impugna la Sra. Genoveva la decisión del Juzgado de atribuirle el uso de la vivienda por un plazo de dos años. El motivo debe ser estimado. El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Tal como dispone la STS de 18 de mayo de 2015, Rec. 2302/2013 : "Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio".

»El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art. 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.

»Como reiteran las sentencias de 1 y 14 de abril y 21 de junio de 2011 , aunque ésta pudiera llegar ser una solución en el futuro, no corresponde a los jueces interpretar de forma distinta esta norma, porque están sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE)... Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor".

»En el presente caso, los hijos menores cuentan en la actualidad con ocho y doce años, por lo que con independencia de que se instaure un sistema de custodia compartida, no puede establecerse una limitación temporal del uso de la vivienda, que tiene carácter familiar y no existe ninguna otra que permita dar cobertura a los intereses de los menores cuando estén bajo la guarda de la madre, sin perjuicio de la posibilidad de acudir en un futuro a un proceso de modificación de medidas.



»CUARTO .- *Pensión de alimentos* . Respecto a la petición de que se imponga a cargo del Sr. Jesús Luis la obligación del abono de una pensión de alimentos de 2000 o 1.500 euros mensuales para sus dos hijos, debe ser estimada en parte. Con independencia del establecimiento del régimen de custodia compartida, no compartimos la decisión de instancia de que cada progenitor asuma los gastos de manutención de los menores, por partes iguales. En nuestra Sentencia de 22/6/2016 ya disponíamos que esta modalidad de custodia no significa forzosamente que cada cual deba correr con todos los gastos del hijo durante los periodos que lo tenga en su compañía, pues pueden darse diferencias relevantes que, como sucede en el caso enjuiciado, es necesario equilibrar alimenticiamente a favor del hijo en la medida correspondiente (no de la misma entidad que si la custodia fuese exclusiva de la madre).

»Tal y como dijimos, entre otras, en Sentencia de fecha 15 de enero de 2015 y veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis , la materia relativa a los alimentos de los hijos, aunque se encuentra sometida a las normas generales de los alimentos entre parientes, previstas en el Título VI del Libro I del Código Civil, aparece específicamente contemplada en los preceptos que regulan las relaciones paterno filiales, dentro del Título VII del Libro I del Código Civil, de modo que la obligación de prestar alimentos a los hijos tiene su fundamento legal en los arts. 39.3 de la Constitución Española y 110, 143-2.º y 154-1.º del Código Civil, como deber emanado de la propia filiación, aunque el alimentante no ostente la patria potestad (art. 110 CC). Esta obligación, que corresponde a cada progenitor y no sólo al que vive, en su caso, separado de los hijos, tiene un contenido amplio que abarca todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, así como su educación e instrucción, según se desprende de los arts. 93 y 142 del CC . De acuerdo con este precepto, el derecho de alimentos durará mientras se mantenga la situación de necesidad o no haya terminado la formación del hijo por causa que no le sea imputable (SS TS 24 abril 2000 y 28 noviembre 2003). La cuantía de la prestación alimenticia viene determinada esencialmente por el caudal o la fortuna del deudor y por las necesidades del alimentista (arts. 146 y 147 CC), de modo que esta obligación incumbe a ambos progenitores de forma no solidaria sino mancomunada y en proporción a su caudal respectivo (art. 145, párrafo primero, CC), si bien, en los casos de crisis matrimonial, hay que valorar especialmente la dedicación personal a los hijos de aquél con el cual conviven (art. 103-3.ª, párrafo segundo, en relación con el 149, del CC). Todo ello, sin perjuicio de considerar que la prestación alimenticia a los hijos menores no ha de verse afectada por las limitaciones propias del régimen legal de los alimentos a los parientes, las cuales serán aplicables a los alimentos debidos como consecuencia de la patria potestad sólo con carácter indicativo, permitiendo criterios de mayor amplitud y pautas mucho más elásticas en beneficio e interés del menor (SS TS 5 octubre 1993 , 16 julio 2002 y 24 octubre 2008).

»En el presente caso, debemos tener en cuenta para la fijación de la pensión, por una parte, que el Sr. Jesús Luis es médico especialista en cirugía plástica estética y además de pasar consulta en su clínica, acude periódicamente a otra clínica en Madrid. Aunque se desconoce la cantidad exacta que percibe por su trabajo, lo cierto es que en su contestación a la demanda, reconoció que durante el año 2013, había percibido una media de 5.916,81 euros mensuales, mientras que la Sra. Genoveva percibe un salario de 1.600 euros líquidos mensuales como concejala del Concello de A Coruña. Por otra parte, las necesidades y los gastos de sus hijos incluyen la asistencia a un colegio privado (que asciende a unos 825 euros mensuales, incluyendo comedor), que el padre está dispuesto a asumir.

»En virtud de lo expuesto, ponderando todos los datos económicos y la evidente diferencia de ingresos entre los progenitores, consideramos que debe fijarse una pensión de alimentos para los dos hijos a pagar por el Sr. Jesús Luis en la cantidad de 400 euros mensuales en total, que deberán ser satisfecha durante los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre y que se actualizará conforme a las variaciones que experimente el IPC o índice que lo sustituya».

SEGUNDO.- El Sr. Jesús Luis 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 CC en relación con los arts. 348 CC y 33 CE .

Para justificar el interés casacional aporta las sentencias de esta sala de 24 de octubre de 2014 , 9 de septiembre de 2015 , 27 de junio de 2016 , 21 de julio de 2016 y 16 de septiembre de 2017 .

Sostiene, en esencia, que la interpretación jurisprudencial de los preceptos citados determinaría que, al haberse acordado la custodia compartida de los dos hijos menores, no procede otorgar el uso de la vivienda familiar (que es propiedad del recurrente) a ninguno de los esposos o, al menos, determinar una temporalidad en el uso de no más de dos años.

En el desarrollo del motivo argumenta que la sentencia recurrida adopta su decisión con apoyo en una sentencia de la sala que se refiere a un supuesto en el que la vivienda se adjudica al progenitor que ostenta con carácter exclusivo la custodia, mientras que en el presente caso se ha adoptado la custodia compartida. Alega



que la esposa es empresaria y concejal del Concello de A Coruña, por lo que dispone de medios económicos para sufragar una vivienda en la que estar con los hijos menores durante los períodos que le correspondan.

Expone que la esposa ha disfrutado del uso a la vivienda desde el auto de medidas provisionales de 9 de diciembre de 2014 y solicita que se case la sentencia de la Audiencia en el único sentido de declarar que el uso de la vivienda familiar quedará asignado a la Sra. Genoveva e hijos por el período de dos años contados desde la fecha de la sentencia de primera instancia.

2. - La Sra. Genoveva presenta escrito de oposición al recurso en el que sostiene que la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el art. 96 CC porque al adoptar su decisión de adjudicación de la vivienda ha tenido en cuenta el principio de protección del menor. Argumenta que existe gran desproporción entre los ingresos de los esposos, que los suyos son temporales, por proceder del ejercicio de una actividad política, que la vivienda forma parte de los alimentos y que si debe abandonar la vivienda familiar y costear una vivienda no podrá hacer frente a los gastos de los menores en una situación semejante a la que disfrutaban antes de la crisis.

3.- El Ministerio Fiscal emite informe en el que solicita la estimación del recurso de casación.

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

1.- Es objeto de recurso de casación únicamente la decisión acerca de la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda familiar. La sentencia recurrida, tras revocar la de primera instancia, que lo había limitado a dos años, atribuye a la madre e hijos, sin límite temporal, el uso de la vivienda, que es propiedad del marido.

No se ha recurrido la decisión de atribuir la guarda y custodia compartida a ambos progenitores, adoptada por el juzgado y confirmada por la sentencia recurrida que, valorando el interés de los menores, desestimó en este punto la apelación de la demandante.

Partiendo del presupuesto de que tal medida no se discute ahora, la atribución del uso de la que fue vivienda de la familia durante la convivencia de los padres debe llevarse a cabo valorando las circunstancias concurrentes, de modo que, de una parte, no resulte imposible el cumplimiento de la alternancia en los periodos en que a cada progenitor le corresponde vivir en compañía de los hijos y, al mismo tiempo, no se prive indebidamente al titular de la vivienda de sus derechos.

2.- En ausencia de una previsión legal acerca de cómo debe atribuirse el uso de la vivienda familiar cuando se acuerde la custodia compartida, 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 períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

Ello requiere una ponderación de las circunstancias concretas de cada caso, que pueden dar lugar a que no proceda hacer atribución de la vivienda familiar. Así sucedió, por ejemplo, en el caso resuelto por la sentencia 576/2014, de 22 de octubre que, en modificación de medidas, al adoptar la custodia compartida, elimina la adscripción inicial, al no resultar que la madre precise protección especial, por lo que se le dan seis meses para que desaloje la vivienda; o en el supuesto de la sentencia 215/2016, de 6 de abril, que confirma la sentencia que, tras revocar la adjudicación a la madre de la custodia y el uso de la vivienda familiar, establece la custodia compartida, sin hacer atribución de la vivienda porque ambos progenitores disponen de vivienda para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de guarda.

En el presente caso, la ponderación de las circunstancias realizada por las sentencias de instancia ha llevado a ambas a acordar la atribución de la vivienda a la Sra. Genoveva (durante dos años, según la sentencia de primera instancia y sin limitación temporal, sin perjuicio de la posibilidad de acudir en el futuro a un proceso de modificación de medidas en la sentencia de apelación). Lo que se discute ahora precisamente es si «lo procedente», en términos del segundo párrafo del art. 96 CC, es la atribución indefinida del uso de la vivienda que fue familiar o, por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta misma sala, acordar una atribución temporal, dirigida a facilitar la transición a la nueva situación de custodia compartida.

3.- 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.

Así se ha entendido en casos en los que la vivienda pertenecía a ambos cónyuges, valorando que si se atribuye a uno de ellos el interés del otro cotitular de la vivienda quedaría indefinidamente frustrado, al no permitirle disponer de ella, ni siquiera en los períodos en los que los hijos permanecerán con él y el de los hijos a relacionarse con su madre en una vivienda. Así, en la sentencia 434/2016, de 27 de junio, que en un caso de modificación de medidas casa la sentencia que, pasando de un régimen de custodia exclusiva a custodia compartida, mantuvo la asignación del uso de la vivienda a la madre hasta que la hija adquiriera la mayoría de edad: la sentencia de esta sala limitó el uso a un año por entender que, en el caso, era tiempo suficiente para permitirle buscar una vivienda, como hizo el esposo en su día, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de guarda.

De manera general, la atribución temporal del uso de la que fue vivienda familiar en casos de custodia compartida ha sido el criterio adoptado en supuestos en los que ambos progenitores perciben salarios que les permiten arrendar viviendas separadas, lo que justifica que no conste la necesidad de que al padre se le atribuya la vivienda familiar *sine die* y se fije un límite temporal de tres años en el caso de la sentencia 465/2015, de 9 de septiembre. Se trata, en definitiva, de facilitar la transición a la nueva situación de custodia compartida, como advierten las sentencias 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre (que fijan el plazo de un año desde la propia sentencia), 294/2017, de 12 de mayo (que fija el plazo de tres años desde la propia sentencia), 183/2017, de 14 de marzo (hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales).

Cierto que el último dato mencionado (la liquidación de los gananciales) puede ser relevante cuando la vivienda es común (o la venta si es en copropiedad ordinaria), pues la liquidación de los gananciales o la extinción de la comunidad y, en su caso, la extinción de la obligación de hacer frente al préstamo con garantía hipotecaria, puede colocar en un plazo razonable al progenitor con menos disponibilidad económica en condiciones de buscar una vivienda digna (así, tres años, en el caso de la sentencia 42/2017, de 23 de enero). Sin embargo, tampoco es un dato definitivo que permita considerar, «a contrario», que por no ser común la vivienda y no poder liquidarla para percibir un precio el progenitor menos favorecido económicamente no pueda proporcionarse una vivienda, tal y como pretende la demandante ahora recurrida.

4.- En efecto, esta sala también ha considerado procedente la atribución temporal de la vivienda que fue familiar al progenitor no titular de la misma en casos de custodia compartida.

En palabras de la sentencia 593/2014, de 24 de octubre :

«El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos, como es el caso. Lo cierto es que el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver "lo procedente".

»Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: En primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014, entre otras). Pues bien, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia por lo que restar por analizar si se debe imponer una limitación del derecho de uso, armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda».



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

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, sin fijar un tiempo prudencial, no se ajusta a la interpretación y aplicación que debe realizarse del art. 96 CC .

Con apoyo exclusivo en la sentencia 282/2015, de 18 de mayo , que reitera la doctrina de la sala de que el párrafo primero del art. 96 CC no permite establecer ninguna limitación temporal a la atribución del uso de la vivienda a los hijos menores mientras sigan siéndolo, la sentencia recurrida aplica tal conclusión al caso litigioso, considerando irrelevante que se haya adoptado la custodia compartida. Sucede, sin embargo, que este razonamiento de la Audiencia no es coherente con la doctrina jurisprudencial de la sala.

En los casos de custodia compartida queda descartada la aplicación del párrafo primero del art. 96 CC , por no concurrir el presupuesto de quedar los hijos en compañía de uno de los progenitores. El deber inexcusable de fallar, con arreglo al sistema de fuentes (art. 1.7 CC), ha llevado a esta sala a considerar que el juez debe resolver «lo procedente», mediante una aplicación analógica del segundo párrafo del art. 96 CC , que así lo establece en los casos en que unos hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro. Lo que procede, en consecuencia, de acuerdo con la doctrina de esta sala, es ponderar los intereses en juego, el de los hijos a disponer de una vivienda cuando estén en compañía de su madre y el del padre a disponer de una vivienda que es de su propiedad.

La ponderación de las circunstancias concurrentes (la Sra. Genoveva , nacida en el año 1973, es licenciada en derecho, ha desempeñado una actividad empresarial, en la actualidad tiene un sueldo como concejal del Ayuntamiento de A Coruña y desde el auto de medidas previas ha venido disfrutando de la vivienda) permite concluir que la limitación temporal del derecho de uso atribuido a la Sra. Genoveva por la sentencia de primera instancia es coherente con la doctrina de esta sala sobre adjudicación de la que fue vivienda familiar en caso de custodia compartida, y que se dirige a fijar un tiempo prudencial para que, de forma independiente, cada uno de los progenitores se procure una vivienda para cuando los hijos estén en su compañía.

Por todo lo expuesto, se estima el motivo del recurso, se casa la sentencia recurrida en el extremo concreto referido a la atribución sin limitación temporal del uso de la vivienda a la Sra. Genoveva , confirmando la sentencia del Juzgado, que lo limitó al período de dos años.

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.

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Jesús Luis contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 5.ª) de 30 de septiembre de 2016, dictada en rollo de apelación 72/2016 , dimanante de autos de divorcio contencioso n.º 1146/2014, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña. **2.º-** Casar la citada sentencia en el único sentido de suprimir la revocación que hizo de la limitación temporal de la atribución de la vivienda, confirmando en este punto la sentencia de primera instancia, que atribuyó a D.ª Genoveva el uso de la vivienda durante un período de dos años. **3.º-** La estimación del recurso de casación determina que, de conformidad con lo establecido en el 398 LEC, no se impongan las costas de dicho recurso a ninguna de las partes. **4.º-** 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. 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.