

Roj: **STS 168/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:168**Id Cendoj: **28079110012017100042**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **23/01/2017**Nº de Recurso: **3329/2015**Nº de Resolución: **42/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 23 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada, con fecha 18 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª), en el rollo de apelación n.º 271/2015, dimanante de los autos de divorcio contencioso n.º 675/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Oviedo. Ha sido parte recurrente don Juan María, representado por la procuradora doña Victoria Rodríguez-Acosta Ladrón de Guevara. Ha sido parte recurrida doña Concepción, representada por la procuradora doña Luisa Villagrà Álvarez. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Eduardo Baena Ruiz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora doña María Villagrà Álvarez, en nombre y representación de doña Concepción, formuló demanda de divorcio contra don Juan María, suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que:

« que, teniendo por presentado este escrito junto con los documentos y copias simples que se acompañan, se sirva admitirlo, teniéndome por parte en la representación acreditada y por formulada demanda de divorcio, de doña Concepción, contra don Juan María y seguido que sea su pertinente trámite, incluido el recibimiento a prueba que desde ahora dejo interesado, con intervención del MINISTERIO FISCAL, al existir un hijo menor de edad dicte Sentencia que verse sobre los siguientes extremos:

1º.- Se decrete la disolución por divorcio del matrimonio contraído por doña Concepción y don Juan María.

2º Se extienda oportuno mandamiento por el que se inscriba el divorcio en el Registro Civil de Villaviciosa.

3º.- Se aprueben las siguientes medidas como definitivas, en relación con el hijo menor de edad, Alfonso:

a) Titularidad y ejercicio de la patria potestad: la misma deberá ser atribuida a ambos progenitores, tal y como dispone el artículo 156 del Código Civil, por lo que cuantas decisiones sean necesarias en cuestiones que afecten directa o indirectamente al hijo menor de edad, serán consultadas y decididas por ambos progenitores, siempre en vigilancia del interés y beneficio del mismo.

b) Guarda y **custodia**. La guarda y **custodia** del menor, Alfonso, deberá de atribuirse a la madre, doña Concepción.

c) Régimen de visitas para el progenitor no custodio, procede fijar el siguiente régimen de visitas consistente en:

a. - Estancias:

Fines de semana alternos, desde el viernes a las ocho de la tarde hasta el domingo a la misma hora, conviniendo que sea el padre quién recogerá y acompañará al menor en las horas indicadas, en el domicilio donde reside con su madre. En el caso de que exista algún compromiso familiar extraordinario (bodas, bautizos,



comuniones, etc.) el menor pasará el día con el progenitor que tenga que asistir a dicha celebración aunque el turno de visitas correspondiese al otro, debiendo compensarse dicho día al otro progenitor.

b. - Vacaciones:

-Las vacaciones de Navidad se dividen en dos períodos: uno que va desde el día siguiente al último lectivo, a las once horas que se prolongará hasta las diecisiete horas del día 30 de diciembre y otro que irá desde dicha fecha hasta las diecisiete horas del día anterior al comienzo de las clases en el mes enero.

-Durante la Semana Santa, se dividirán igualmente en dos periodos, coincidentes con las vacaciones escolares del menor, en los cuales un periodo estará con el padre y otro con la madre.

-Respecto a las vacaciones de verano, un mes, julio o agosto, salvo que los progenitores acuerden expresamente otra cosa debido a sus obligaciones laborales respectivas, siendo recogido el día uno a las once de la mañana y entregado el día treinta y uno a las ocho de la tarde.

Todos los períodos vacacionales serán electivos, y a tales efectos corresponderá la elección: en los años pares a la madre, y los impares al padre, debiendo comunicar al otro progenitor su elección con, al menos, un mes de antelación. De no hacerlo así, elegirá el otro progenitor sin que por ello se altere el sistema electivo fijado. A tal fin, será suficiente con remitir carta certificada con acuse de recibo dentro de los plazos indicados o correo electrónico cuya recepción deberá ser confirmada expresamente.

Durante los periodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido.

d) Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso de la vivienda familiar, sita en Oviedo, deberá de ser atribuida a la madre y al menor, por ser el interés más necesitado de protección.

e) Pensión alimenticia. Teniendo en cuenta la situación económica de ambos progenitores, y desde la presentación de la demanda, procede fijar una pensión alimenticia a favor del hijo, con cargo a don Juan María , por importe de SEISCIENTOS EUROS MENSUALES, que ingresará, dentro de los diez primeros días de mes en la cuenta designada al efecto por la esposa. Dicha cantidad deberá de ser actualizada, el día uno de cada año con el IPC de los últimos doce meses que publica el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

Los gastos extraordinarios que se produzcan en la vida del hijo del matrimonio, ambos cónyuges contribuirán en un porcentaje del 30% la madre y 70% el padre. Los gastos extraordinarios referidos, deberán aprobarse de forma consensuada por ambos progenitores, o en caso de discrepancia, en sede judicial por el Juzgado competente al efecto.

d) Pensión compensatoria. Teniendo en cuenta la situación económica de ambos progenitores, el divorcio supone un desequilibrio para la esposa quien ha simultaneado su trabajo con el cuidado de su familia y ha colaborado sin retribución alguna con el esposo en la gestión de la empresa familiar, procede fijar una pensión compensatoria a favor de doña Concepción , con cargo a don Juan María , por importe de MIL EUROS MENSUALES, que ingresará, dentro de los diez primeros días de cada mes en la cuenta designada al efecto por la esposa. Dicha cantidad deberá de ser actualizada, el día uno de cada año con el JPC de los últimos doce meses que publica el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya

f) Medidas sobre el patrimonio común: La gestión ordinaria de la empresa de transportes familiar se le concederá al esposo hasta la liquidación del régimen económico, pero con la obligación de rendir cuentas trimestralmente al Juzgado, sobre todo en lo referido al mismo.

4° Condenar en costas a la parte demandada si se opusiera injustificadamente a la presente demanda.»

2.- El procurador don Antonio Sastre Quirós, en representación de don Juan María , contestó a la demanda formulada de contrario y contestó al Juzgado:

« que, habiendo por presentado este escrito, documentos más copia simple de todo ellos, lo admita y en su virtud tenga por contestada la demanda de divorcio interpuesta por DOÑA Concepción , desestimándose la misma y adoptándose en su lugar las siguientes MEDIDAS:

CON CARÁCTER PRINCIPAL SE SOLICITAN LAS SIGUIENTES MEDIDAS:

- PATRIA POTESTAD: **Compartida** entre ambos progenitores.

- GUARDA Y **CUSTODIA** DEL MENOR: **COMPARTIDA** ENTRE AMBOS PROGENITORES CON UNA ALTERNANCIA SEMANAL, realizándose los intercambios los domingos a las 20 horas. Las estancias del niño con cada uno de sus progenitores se organizarían de la siguiente manera: Alfonso estaría con su padre las dos semanas al mes que su madre trabaja en horario de tardes. Y con su madre las otras dos semanas.



- RESPECTO DE LAS VACACIONES DE NAVIDAD, VERANO Y SEMANA SANTA, solicitamos su atribución Por mitad considerándose vacaciones todos los días no lectivos, computándose desde la finalización de las clases el último día que haya colegio.

En caso de desacuerdo, elegirá la madre los años pares y el padre los impares, debiendo comunicar al otro progenitor su elección con, al menos, un mes de antelación al inicio del período de que se trate.

- RESPECTO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR, dado que se ha atribuido a la esposa e hijo en medidas provisionales, aceptamos que se mantenga dicho uso hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Respecto de la CONTRIBUCIÓN A LOS ALIMENTOS DEL HIJO COMÚN, cada progenitor prestará los alimentos ordinarios al niño mientras permanezca en su domicilio.

Para el resto de gastos ordinarios del menor, proponemos que se abra una cuenta mancomunada en el que la esposa ingrese 70 €/mes y le esposo 150 €/mes.

Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50%, previo acuerdo de las partes y exhibición de la correspondiente factura de pago.

.- RESPECTO DE LA FIJACIÓN DE UNA PENSIÓN COMPENSATORIA A FAVOR DE LA ESPOSA Nos oponemos a la fijación de cantidad alguna por dicho concepto.

.- RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR, interesamos se atribuya la misma al esposo, sin que exista obligación alguna de justificar ante el Juzgado trimestralmente las cuentas, a las cuales tiene acceso la esposa.

CON CARÁCTER SUBSIDIARIO SE SOLICITAN LAS SIGUIENTES MEDIDAS:

Si en el procedimiento de divorcio se mantiene la atribución de GUARDA Y **CUSTODIA** DEL MENOR a la esposa. Se interesan las siguientes MEDIDAS PATERNO FILIALES:

PATRIA POTESTAD: **Compartida** entre ambos progenitores.

RÉGIMEN DE VISITAS A FAVOR DEL PADRE:

finde de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio, hasta el domingo a las 20 horas. Uniéndose los puentes a los finde de semana cuando corresponda.

Visitas intersemanales de martes y jueves desde la salida del colegio del menor hasta las 20.30 horas.

RESPECTO DE LAS VACACIONES DE NAVIDAD, VERANO Y SEMANA SANTA, solicitamos su atribución por mitad considerándose vacaciones todos los días no lectivos, desde la finalización de las clases el último día que haya colegio.

En caso de desacuerdo, elegirá la madre los años pares y el padre los impares, debiendo comunicar al otro progenitor su elección con, al menos, un mes de antelación al inicio del período de que se trate.

- RESPECTO DE LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR, dado que se ha atribuido a la esposa e hijo en medidas provisionales, aceptamos que se mantenga dicho uso hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Respecto de la CONTRIBUCIÓN A LOS ALIMENTOS DEL HIJO COMÚN, el esposo abonará al cantidad de 150 €/mes a favor de su hijo.

Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50%, previo acuerdo de las partes y exhibición de la correspondiente factura de pago.

.- RESPECTO DE LA FIJACIÓN DE UNA PENSIÓN COMPENSATORIA A FAVOR DE LA ESPOSA: nos oponemos a la misma, por entender que no se dan los requisitos jurisprudenciales para ello.

.- RESPECTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR, interesamos se atribuya la misma al esposo, sin que exista obligación alguna de justificar ante el Juzgado trimestralmente las cuentas, a las cuales tiene acceso la esposa.»

3.- El Juzgado dictó sentencia el 13 de enero de 2015, cuya parte dispositiva dice:

«Que estimando parcialmente la demanda presentada por DOÑA Concepción contra DON Juan María debo declarar y declaro la disolución del matrimonio, por razón de divorcio, contraído por ambas partes el día 9 de junio de 2001, inscrito en el Registro Civil de Villaviciosa, acordando las siguientes medidas:



1) La Guarda y **Custodia** del hijo habido en el matrimonio, Alfonso , se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores, con una alternancia semanal, realizándose los intercambios los domingos a las 20 horas. Las estancias del niño con cada uno de sus progenitores se organizarán de la siguiente manera: Alfonso estará con su padre las dos semanas al mes que su madre trabaja en horario de tardes y con su madre las otras dos semanas.

2) Se atribuye la patria potestad a ambos progenitores, de forma **compartida**, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 154 y 156 del Código Civil .

A tenor de dichos preceptos, las decisiones a adoptar respecto a los hijos comunes, diarias, habituales, ordinarias o rutinarias, que se produzca en el normal transcurrir de sus vidas, se adoptarán por el progenitor que, en ese momento, se encuentra en compañía de su hijo, sin previa consulta, ni consenso con el otro progenitor. Criterio aplicable en los casos en que concurra una situación de urgencia.

Por contra, aquellas decisiones que son trascendentales y afectan notablemente al desarrollo de los hijos menores, exigen previa comunicación y consentimiento conjunto, por ambos progenitores, y a la falta del mismo, autorización judicial o concesión de la facultad de decisión a favor de uno de los progenitores, sin ulterior recurso (Art. 156 C. Civil (LA LEY 1/1889)). Así, las decisiones relativas a la elección o cambio de Centro Escolar o cambio de [o educativo; las relativas a cualquier tipo de intervención quirúrgica o tratamiento médico no banal o psicológico, tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro, decisiones relativas a la intervención, etc., en celebraciones religiosas (realización del acto religioso y forma de llevarse a cabo) sin que tenga prioridad el progenitor al que le ida el fin de semana correspondiente al día en que vaya a tener lugar, en fiestas escolares, etc.; decisiones relativas a la contratación de actividades extraescolares necesarias o de refuerzo o que constituyan gastos extraordinarios.

Para ello, establecerán el cauce de comunicación que mejor se adapte a sus circunstancias (correo electrónico, burofax, telegrama, etc.); obligándose a respetarlo y a cumplirlo PROHIBIÉNDOSE QUE SE UTILICE a los hijos como correo. Realizada la comunicación y transcurrido el plazo concedido para manifestar la oposición, motivos y/o propuesta, se entenderá que concurre consentimiento tácito.

Ambos progenitores deberán ser informados por terceros de todos aquellos, aspectos esenciales que afecte a su hija y, concretamente, tienen derecho a que se les facilite toda la información académica, los boletines de evaluación y a través de las reuniones habituales con los tutores o servicios de orientación del Centro Escolar, tanto si acuden ambos como si lo hacen por separado. De igual manera, tienen derecho a obtener información médica de su hija y a que les faciliten los informes que cualquiera de los dos soliciten.

3) Se establece el siguiente régimen de visitas, estancias y comunicaciones con su hijo, a regir subsidiariamente, es decir, en defecto de otro acuerdo entre los progenitores: mitad de vacaciones de verano, Navidad y Semana Santa; considerándose vacaciones todos los días no lectivos, computándose desde la finalización de las clases el último día que haya colegio. En caso de desacuerdo, elegirá la madre los años pares y el padre los impares, debiendo comunicar al otro progenitor su elección con, al menos, un mes de antelación al inicio del período de que se trate.

4) Se atribuye el uso y disfrute de la vivienda que ha constituido el hogar, así como el del ajuar y mobiliario doméstico a la esposa, hasta la liquidación del régimen económico matrimonial.

5) Cada progenitor abonará los gastos ordinarios de sostenimiento del menor durante el período que estén bajo su guarda y custodia.

Para el pago del resto de gastos ordinarios: tales como, libros, material escolar, uniforme, AMPA, matrícula, clases particulares o actividades extraescolares que el menor realiza, como fútbol, inglés y natación, Don Juan María ingresara dentro de los cinco primeros días de cada mes, la cantidad de 200 euros mensuales y Doña Concepción 50 euros, en la cuenta que procederán a abrir ambos progenitores, siendo su administración mancomunada.

6) Los gastos extraordinarios devengados por el hijo menor de edad se abonarán por ambos progenitores en la siguiente proporción: 70 % el padre y 30 % la madre; teniendo la consideración de tal además de los de dentista, los imprevistos y/o imprevisibles a esta fecha que guarden relación con el contenido del Art. 142 del Código Civil y sean necesarios. Previamente a su contratación, salvo en los supuestos de urgencia (en los que en caso de desacuerdo se solicitará aprobación judicial), el progenitor custodio debe consensuarlos con el no custodio, para ello le comunicará por cualquier medio fehaciente su necesidad e importe, y en caso de no mostrar su acuerdo, expreso o tácito (por dejar transcurrir el plazo concedido para contestar, sin alegar nada), se recabará autorización judicial (artículo 156 del Código Civil).



Criterio a seguir salvo en el caso de que haya que acometer un gasto urgente o cuya demora suponga un grave daño o perjuicio al menor de que se trate, bastando, en este caso, recabar aprobación judicial de negarse el progenitor contrario a sufragarlo en la proporción que le corresponde.

7) Se acuerda la administración de la empresa familiar al esposo, con la obligación de rendir cuentas trimestralmente a la esposa.

Sin hacer pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas procesales devengadas en esta primera instancia.

Una vez firme la presente resolución, líbrese -de oficio- Exhorto al Registro Civil de Villaviciosa (Asturias), con testimonio de la misma, para su constancia al margen de la inscripción de matrimonio de los litigantes.»

4.- La sentencia fue aclarada por auto de fecha 16 de abril de 2015, cuya parte dispositiva dice:

«se rectifica la sentencia dictada en el presente procedimiento respecto a la fecha de la misma, debiendo constar "trece de abril de dos mil quince" en lugar de "trece de enero de dos mil quince."»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de doña Concepción , interpuso recurso de apelación contra la anterior resolución, correspondiendo su resolución a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo que dictó sentencia el 18 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«SE ESTIMA EL RECURSO DE APELACIÓN FORMULADO POR D. Concepción , contra la sentencia de fecha trece de abril de dos mil quince, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número siete de Oviedo, en el Juicio de Divorcio 675/2.014 . Se revoca parcialmente la sentencia apelada en los siguientes términos:

1º.- Se mantiene la atribución de uso de la vivienda que fue familiar en favor de la apelante fijando como límite temporal de la asignación la independencia económica del hijo o bien cuando por edad y formación profesional de éste pudiera alcanzarla.

2º.- A partir de esta sentencia D. Juan María , aportará a la cuenta que se ha abierto a favor del hijo la suma mensual de trescientos euros (300€) . La madre contribuirá aportando la suma fijada en la sentencia de instancia, cuantías que se actualizará en la forma recogida en aquella resolución y con las que además de los gastos que allí se establecen se satisfará los gastos del hijo en vestuario y calzado.

3º.-Se fija como pensión compensatoria a satisfacer a la apelante por parte de D. Juan María la suma de trescientos euros (300€) mensuales, suma que se abonará durante cuatro años. Tanto el pago de esa cantidad como el cómputo del plazo fijado se harán desde esta sentencia. Dicha suma se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC aprobadas por el Instituto Nacional de Estadística u organismo público que en su día le sustituya. No se hace especial imposición de las costas procesales causadas en esta segunda instancia.

Las resoluciones definitivas dictadas por las Audiencias Provinciales, de conformidad con lo prevenido en el art. 466 de la L.E.C ., serán susceptibles de los Recursos de Infracción Procesal y de Casación, en los casos, por los motivos y con los requisitos prevenidos en los arts. 469 y ss., 477 y ss . y Disposición Final 16ª, todo ello de la L.E.C ., debiendo interponerse en el plazo de VEINTE DÍAS ante éste Tribunal, con constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Tribunal en el Banco Santander 3370 e indicación de tipo de recurso (04: Extraordinario por infracción procesal y 06: por casación) y expediente.»

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

1.- La representación procesal de don Juan María , interpuso contra la anterior resolución recurso de casación con base en un único motivo pro infracción de la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, establecida en la interpretación del artículo 96 CC .

2.- La sala dictó auto el 25 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva dice:

«1º.- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Juan María contra la sentencia dictada, con fecha 18 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4ª), en el rollo de apelación n.º 271/2015 , dimanante de los autos de divorcio contencioso n.º 675/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Oviedo.

»2º.- Dar traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida personada ante esta Sala y al Ministerio Fiscal para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.»



- 3.- Dado traslado a las partes, la representación procesal de doña Concepción , impugnó el recurso formulado de contrario.
- 4.- El Ministerio Fiscal en su informe apoyó parcialmente el recurso de casación.
- 5.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 10 de enero de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Resumen de Antecedentes.

Son hechos relevantes de las instancias para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

- 1.- Se formuló demanda de divorcio por doña Concepción contra don Juan María .
- 2.- La sentencia de Primera Instancia declaró disuelto el matrimonio por razón de divorcio y acordó la guarda y **custodia compartida** del hijo habido en el matrimonio, con alternancias semanales.

Atribuyó a la esposa del uso y disfrute de la vivienda familiar hasta la liquidación del régimen económico matrimonial.

Motiva esta decisión en la desaparición de la vinculación entre convivencia con el hijo menor y la atribución del uso de la vivienda, a consecuencia de ser la guarda y convivencia **compartida**, por lo que ambos progenitores van a gozar de ella alternativamente.

Deja de ser aplicable el párrafo 1 del artículo 96 CC , y es de aplicación el párrafo 3.

Concluye que como el demandado acepta que se mantenga la atribución a la esposa, procede mantener esta situación de hecho y atribuir el uso de la vivienda familiar a ella, pero sólo hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

- 3.- La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia.

Correspondió el conocimiento del mismo a la Sección número cuatro de la Audiencia Provincial de Oviedo, que dictó sentencia el 18 de septiembre de 2015 en la que mantuvo a favor de la esposa la atribución del uso de la vivienda que fue familiar, pero fijando como límite temporal de tal atribución la independencia económica del hijo o bien cuando por edad y formación profesional de éste pudiera alcanzarla.

- 4.- La sentencia de la Audiencia, con cita de la STS de 22 de octubre de 2014 , entiende que a causa de ser la guarda y **custodia** del menor **compartida** en el respectivo domicilio de cada progenitor, no cabe hablar de atribución de uso de la vivienda a favor del menor, produciéndose una desafectación del inmueble que deja de ser el domicilio conyugal.

En tales circunstancias la atribución del uso a cada uno u otro litigante ha de ser al amparo del artículo 96 CC , esto es a quien represente el interés más digno de protección.

Concluye que tal interés es el de la esposa por existir, y así lo motiva, una sustancial diferencia de disponibilidad económica entre ambos, a favor del marido. Añade que además la esposa ha de abonar la mitad de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda.

- 5.- La representación procesal de don Juan María interpuso recurso de casación por interés casacional contra la anterior resolución, al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3 LEC .

El recurso de casación tiene un único motivo en el que se denuncia la infracción del artículo 96 CC , por vulneración de la doctrina de la Sala que se contiene en la sentencia número 593/2014, de 24 de octubre, rec. nº 2119/2013 , y sentencia número 465; rec. 545/2014 .

El recurrente alega, en el desarrollo del motivo, que el límite fijado para la atribución a la esposa del uso de la vivienda vulnera la doctrina del Tribunal Supremo, en interpretación del artículo 96 CC , relativa a la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en supuestos de guarda y **custodia compartida**, pues limitar el uso hasta que un menor de nueve años de edad sea independiente económicamente es desproporcionado, si se tiene en cuenta que restaría una media de 20 años para que llegue ese momento.

- 6.- La Sala dictó auto el 25 mayo de 2016 admitiendo el recurso de casación y, tras el oportuno traslado, la parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso y planteo previamente su inadmisibilidad por ausencia de interés casacional.



7.- El Ministerio Fiscal, con cita de sentencias de la Sala, apoyó parcialmente el recurso de casación. Cree que debe limitarse el uso de la vivienda por la madre pero en un plazo más corto. Lo fija de seis a ocho años, por ser beneficioso para el menor, pues ambos progenitores viven en el mismo edificio y ello facilita la **custodia compartida**. También toma en consideración la diferencia de ingresos de los padres.

Recurso de casación.

SEGUNDO.- *Motivo Único. Decisión de la Sala.*

1.- Como recogía la Sala (sentencia 215/2016, de 6 de abril, rec. 1309/2015) el Código Civil ha incorporado modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y **custodia compartida**, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y la declaración de inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe del Ministerio Fiscal contenido en su número 8, en la STC 185/2012, de 17 de octubre . Pero no existe, como afirma la STS de 24 de octubre de 2014 , una regulación específica para adaptarla a este régimen de **custodia**, en contra de lo que sí han llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente el País Vasco).

«La Sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC , que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la **custodia** de un progenitor y otros bajo la **custodia** de otro, remitiendo al juez resolver «lo procedente». Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del interés más necesitado de protección, que no es otro que aquél que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres (STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente (STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que, conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC , se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar «Esta Sala, al acordar la **custodia compartida**, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil , aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia (STS 9 de septiembre de 2015; Rc. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.» (STS de 17 de noviembre de 2015 y 11 de febrero de 2016 , entre otras).»

2.- Si se atiende a las consideraciones que en aplicación de la citada doctrina contiene la sentencia 434/2016, de 27 junio, rec. 1694/2015 , se ha de concluir que la sentencia recurrida desconoce en su aplicación la doctrina de la Sala, pues alcanzada la mayoría de edad del hijo ya no cabe atribución de guarda y **custodia** del mismo, con lo que no es posible hacer depender la atribución del uso de la vivienda a la madre de la situación económica de un hijo mayor de edad que, en caso de necesidad alimenticia, debe verla satisfecha por sus progenitores conforme a las normas generales del Código Civil en materia de alimentos, (artículo 142 y s.s. CC), sin que el cotitular de la vivienda vea indefinidamente frustrado sus derecho sobre la misma.

3.- Rechazada la decisión de la sentencia recurrida, por cuanto el interés superior del menor sólo alcanzaría hasta la mayoría de edad de éste, podría adoptarse como solución favorable para el mismo el citado límite, pues ambos progenitores viven en el mismo edificio y así se facilitarían la **custodia compartida**.

No obstante este dato, aisladamente ponderado, no se considera *per se* con la suficiente relevancia como para privar a un cotitular del inmueble del uso de este en beneficio del otro cotitular.

Para ello sería preciso, además, que el menor, de no seguir en la vivienda familiar cuando conviviese con la madre, se viese privado de una vivienda adecuada a sus necesidades.

Al día de hoy, y por la desproporción de ingresos entre los progenitores pudiese suceder que así fuese, además de que por su corta edad le sería más fácil y favorable la materialización de la **custodia compartida** si ambos progenitores habitan en el mismo edificio.

Sin embargo, prorrogar esta situación de un modo desproporcionado no se ajustaría a nuestra doctrina. Si el plazo se fija en tres años el menor, nacido el NUM000 de 2005, tendrá una edad en la que la cercanía entre domicilios de los progenitores no será ya relevante para la materialización de la **custodia compartida**, y la madre habrá tenido tiempo suficiente para buscar una vivienda digna, teniendo en cuenta los ingresos que



percibiría al liquidarse la vivienda familiar, desapareciendo, por ende, la obligación de hacer frente al préstamo con garantía hipotecaria.

4.- Por todo lo expuesto procede estimar parcialmente el recurso de casación, así como el recurso de apelación deducido en su día, y en consecuencia confirmar la sentencia de la primera instancia, con la salvedad de que la atribución a la demandante del uso de la vivienda familiar sea de tres años desde la fecha de la presente sentencia.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC , no procede imponer las costas del recurso a la parte recurrente.

FALLO

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

1.º Estimar parcialmente recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Concepción contra la sentencia dictada, con fecha 18 de septiembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Oviedo (sección 4ª), en el rollo de apelación n.º 271/2015 , dimanante de los autos de divorcio contencioso n.º 675/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Oviedo. **2.º** Casar la sentencia recurrida parcialmente, y con estimación parcial del recurso de apelación deducido en su día, confirmar la sentencia de la primera instancia, con la salvedad de que la atribución a la demandante del uso de la vivienda familiar sea de tres años a computar desde la fecha de la presente resolución **3.º** No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso

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

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz