



Roj: **STS 4022/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:4022**

Id Cendoj: **28079110012019100644**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2019**

Nº de Recurso: **1059/2019**

Nº de Resolución: **654/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP P 511/2018,**
STS 4022/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 654/2019

Fecha de sentencia: 11/12/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1059/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/11/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier **Arroyo** Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.^a

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1059/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier **Arroyo** Fiestas

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 654/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier **Arroyo** Fiestas

D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de diciembre de 2019.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 20 de noviembre de 2019, dictada en recurso de apelación 379/2018, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Palencia, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso 569/2017, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palencia; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Nuria , representada en las instancias por la procuradora Dña. María Eugenia Moro Terceño, bajo la dirección letrada de María Cinta Marcos Pérez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Germán , representado por el procurador D. Marcos Juan Calleja García, bajo la dirección letrada de D. Guillermo de Miguel Amieva y con la intervención del Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier **Arroyo** Fiestas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Nuria , representado por la procuradora Dña. María Eugenia Moro Terceño y dirigida por la letrada Dña. María Cinta Marcos Pérez, interpuso demanda de juicio de divorcio contra D. Germán y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Que verse sobre los siguientes extremos:

"1. La disolución por divorcio del matrimonio contraído por mi mandante con D. Germán .

"2. Se aprueben judicialmente las medidas solicitadas en el cuerpo de este escrito, en concreto:

"2-1.- Respecto a la patria potestad de las hijas menores de edad Susana y Adelaida , será ejercida conjuntamente por el padre y la madre, tal y como dispone el Art. 156 del CC y en los términos expuestos en el fundamento de derecho tercero de la demanda.

"2-2.- La guarda y custodia de las hijas, Susana y Adelaida , sea concedida a la madre.

"2-3.- Régimen de vistas.- Que se conceda al progenitor con el que no convivan las niñas, en defecto de acuerdo entre los progenitores, y sin que nunca violenta la voluntad de las menores, el régimen de visitas que se detalla en el fundamento jurídico quinto de esta demanda, que no es otro que el siguiente:

"** En fines de semana alternos desde el viernes a la salida de clase hasta el domingo a las 20:30 horas en horario de invierno y vigente el curso escolar, y hasta las 21:30 horas en horario de verano.

"El régimen de visitas queda en suspenso en los períodos que disfruten con el otro progenitor de sus respectivas vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano.

"Si durante la semana escolar hubiera una fiesta, o se prolongase el período vacacional con los días intermedios, el puente corresponderá al progenitor con quien las niñas hayan de estar el domingo correspondiente comprendido en dicho período vacacional. En tal sentido, dependiendo de si el fin de semana o puente empieza el miércoles o el jueves, las menores serán recogidas por el padre el día que comience el fin de semana largo o el puente a la salida de clase, y si el fin de semana comprende el lunes o el martes, las reintegrará el día que finalice el puente a las 20:30 horas en el domicilio familiar.

"** Una tarde entre semana, que perfectamente puede ser del día miércoles, y ello sin perjuicio del acuerdo a que lleguen los progenitores a fin de que se lleve a cabo otro día de la semana. Para el ejercicio el padre, o tercera persona autorizada, recogerá a las niñas a la salida del colegio los citados días, debiendo el padre reintegrarlas al domicilio familiar a las veinte treinta horas, 20,30 horas.

"**.- La mitad de los períodos vacacionales escolares o académicos de los menores en Navidad y Semana Santa, para cuyo cómputo se tendrán en cuenta los períodos que así lo sean en el lugar de residencia o domicilio del menor, sobre todo para el supuesto de que los padres residieran en distintas localidades.

"Las vacaciones escolares de Navidad se dividirán en dos períodos iguales, un primer período que comprenderá desde el último día lectivo a la salida del centro escolar hasta el día 31 de diciembre a las 17:30 horas, y el segundo período desde el 31 de diciembre a las 17:30 horas hasta el día anterior al inicio del curso escolar a las 20:30 horas.

"Estableciéndose en los años impares el primer período con la madre y el segundo período con el padre, y en los años pares a la inversa, y así sucesivamente. Y todo ello sin perjuicio de los acuerdos que ambos progenitores puedan alcanzar.



"Las vacaciones escolares de Semana Santa. Para la determinación de la mitad correspondiente a cada progenitor, más en concreto el disfrute del fin de semana que va de Jueves Santo a Domingo de Resurrección, éstos procurarán llevarlo de común acuerdo; en su defecto, este período o fin de semana largo de las vacaciones de Semana Santa, dado que es cuando ambos progenitores descansan debido a los trabajos que desempeñan, serán alternativos, por lo que si un año el padre ha tenido a las hijas ese fin de semana, al año siguiente las tendrá la madre, y así sucesivamente.

"Respecto a los períodos vacacionales de verano.

"Durante las vacaciones de verano, las hijas estarán con cada progenitor la mitad de las vacaciones escolares, que se distribuirán en dos períodos o ternas de la siguiente manera:

"A) Desde las 17 horas del primer día de vacaciones escolares del mes de junio hasta las 22:30 horas del día 15 de julio, y desde las 22:30 horas del día 31 de julio hasta las 22:30 horas del 15 de agosto.

"B) Desde las 22:30 horas del día 15 de julio hasta las 22:30 horas del día 31 de julio, y desde las 22:30 horas del 15 de agosto hasta las 17 horas del último día de las vacaciones escolares.

"Hacer constar, para la determinación de la correspondiente terna/período de los progenitores, que éstos procurarán llevarlo de común acuerdo y, en su defecto, los años impares el primer período lo disfrutarán con la madre y el segundo período con el padre, y en los años pares a la inversa, y así sucesivamente.

"2-4.- Uso del domicilio familiar. En cuanto al uso y disfrute del hasta ahora domicilio y ajuar familiar, sito en Palencia, C/ DIRECCION000 , núm. NUM000 , NUM001 , se atribuya en su totalidad a las hijas Susana y Adelaida y a la madre, por ser el interés más necesitado de protección, debiendo ser desalojado por el padre en el plazo de ocho días, o que en su caso se autorice a mi representada para que proceda al cambio de cerradura, si transcurrido el citado plazo D. Germán no lo hubiera desalojado voluntariamente.

"2-5.- Pensión alimenticia para las hijas. Se solicita por esta parte que se fije en concepto de alimentos para las hijas la cantidad de setecientos euros, 700 euros, a satisfacer mensualmente por D. Germán en concepto de pensión de alimentos para sus hijas, pagaderas dentro de los cinco primeros días en la entidad bancaria que designe la madre, Dña. Nuria .

"2-6.- Que dicha cantidad se tenga por devengada desde la fecha de presentación de esta demanda, mes de octubre/noviembre de 2017, cantidad que se adaptará anualmente conforme a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que publique periódicamente el Instituto Nacional de Estadística u organismo similar que le sustituya.

"2-7.- Que el padre contribuya al pago del 50% de los gastos extraordinarios que hayan generado y generen las menores Susana y Adelaida , previa justificación de los mismos, y teniendo en cuenta lo siguiente:

"A.- Tendrán esta consideración aquellos gastos médicos, quirúrgicos, prótesis y cualesquiera otros que no estén cubiertos ni por la Seguridad Social ni por las pólizas ordinarias de seguro voluntario, si bien, y salvo casos de urgencia, debe existir acuerdo entre los padres o al menos consentimiento tácito (esto es, que se informe y no manifieste en un plazo de 10 días negativa al efecto), o bien resolución judicial acordando lo procedente.

"B.- Los gastos extraordinarios de educación, tales como matrículas, libros, material escolar, etc., a los que haya de hacerse frente o que se generen al inicio del curso escolar (esto es, en los meses de septiembre u octubre), una vez deducido el importe de las becas o ayudas que hayan sido obtenidas por los progenitores al efecto.

"Las clases complementarias que precisen las hijas para superar el curso escolar, campamentos, cursos en el extranjero, estudios universitarios, como la matrícula de la universidad, libros, gastos de transportes, etc., para ser abonados por el padre o madre, deberá ser debidamente informado y consultado el otro progenitor, debiendo ser consentidos y autorizados previamente por las partes, constando expresamente y por escrito dicha autorización, por lo que en el supuesto de que no se haya pactado ni autorizado, éste no estará obligado al pago de la parte correspondiente.

"3.- Que se impongan las costas del presente procedimiento al demandado".

2.- El demandado D. Germán , representado por la procuradora Dña. Ana Rosa Antón Beltrán y bajo la dirección letrada de D. Guillermo de Miguel Amieva, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"En cuya virtud:

"1.º Se decrete el divorcio legal del matrimonio conformado por actora y demandante reportando a esa situación jurídica pretendida los efectos propios del derecho, con cese de la convivencia, inscripción en el



Registro Civil, revocación de poderes que en su caso se mantuvieron, así como el decretamiento de las medidas definitivas que en riguroso interés de los menores entendemos que deben ser las que subsiguen:

"(1) Patria potestad compartida.

"(2) Custodia compartida con atribución del hogar familiar a ambos padres, el cual poseerán alternativamente, entrando y saliendo del mismo en función de si el turno de custodia les corresponde o cesan quincenalmente en él. Dicho turno de régimen de custodia entendemos razonable establecerlo en quince días.

"(a) Alternativamente, si no se decretara el hogar familiar como propio para el régimen de custodia, se decretará que lo sea la copropiedad compartida por los litigantes decretando la mudanza, la cual se materializará en un periodo de un mes desde firmeza de sentencia, o, en su caso, en el tiempo que las partes consideren convencionalmente adecuado.

"(3) Régimen de visitas abierto y adaptado al régimen de custodia compartida estableciendo:

"(a) Un régimen ordinario en cuya virtud el padre no custodio podrá visitar a los hijos dos veces por semana por un periodo de una hora y treinta minutos, siendo estos días los martes y los viernes que no le corresponda el fin de semana con ellos; consecuentemente y durante el periodo de quince días alterno, el padre no custodio tendrá derecho a un fin de semana, desde las 20:00 horas del viernes a las 20:00 horas del domingo, fin de semana que no debe coincidir con el de recuperación de la custodia, sino ubicarse necesariamente en medio.

"(b) Régimen especial de visitas para el periodo de vacaciones con reparto de las mismas por mitad del modo convencionalmente admitido en el foro repartiendo Navidades, Semana Santa, y verano.

"(c) Tanto en el régimen ordinario como en el especial, los padres podrán comunicarse por vía postal, correo electrónico, Skype, teléfono móvil, siempre y cuando no se enturbie la vida académica o familiar del núcleo conformado por las menores y el padre custodio, el cual estará autorizado para limitar el tiempo de este tipo de comunicaciones y ello en atención a evitar que el padre no custodio pueda monopolizar para sí las comunicaciones de este orden en detrimento del tiempo del custodio.

"(d) Los progenitores tendrán derecho a pasar el cumpleaños propio con sus hijos durante un espacio de tres horas, pero también tendrán derecho a pasar el mismo tiempo el día del cumpleaños de cualquiera de los menores, al que asistirá el menor que no cumpla años ese día.

"(4) Pensión de alimentos: En régimen de custodia compartida, a salvo de mejor criterio, ninguno de los progenitores abonará alimentos al otro, compartiendo ambos los gastos extraordinarios.

"(5) Se decretará el derecho de visita de los abuelos y demás familia extensa, el cual será administrado por cada progenitor para su familia extensa y se ubicará en los periodos de visita ordinaria o especial que le correspondan. Los familiares de los progenitores, salvo causa justificada de enfermedad o motivo especial preocupación que requiera información o presencia, se abstendrán de visitas cuando los menores estuvieren custodiados por el progenitor que no estuviere relacionado".

3.- El fiscal se personó en las actuaciones y contestó a la demanda solicitando:

"En su día, dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palencia se dictó sentencia, con fecha 20 de abril de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Estimando parcialmente la demanda formulada por D.^a Nuria frente a D. Germán, declaro disuelto por causa de divorcio el matrimonio celebrado entre las personas expresadas el día 21 de septiembre de 2002 en la localidad de Palencia, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y las siguientes medidas:

"1. Cesa la presunción de convivencia conyugal.

"2. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado a favor del otro, y cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

"3. La disolución del régimen económico matrimonial.

"4. Se atribuye a D.^a Nuria y D. Germán el ejercicio conjunto de la patria potestad de las dos hijas menores en común.

"5. Se otorga a D.^a Nuria y D. Germán la guarda y custodia de sus dos hijas menores en común, en la forma que ya se dispuso en el auto de medidas provisionales, esto es D. Germán cuidará a Adelaida durante las mañanas, y a ambas cuando Susana salga del colegio, mientras que D.^a Nuria lo hará desde las 18.00 horas



una vez recoja a sus hijas del domicilio paterno, si bien será D. Germán quien recogerá a su hija pequeña en el domicilio de su madre por las mañanas, mientras que D.^a Nuria seguirá siendo la encargada de llevar a su hija mayor al colegio.

"6. En cuanto al régimen de visitas para con las menores, los fines de semana las partes disfrutarán de la compañía de sus hijas de forma alterna, según se dispuesto en sede de medidas provisionales, correspondiendo los puentes escolares a aquel progenitor con quien deban estar las niñas el respectivo fin de semana. Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano de las menores, se distribuirán por mitad entre ambos progenitores, de la siguiente forma:

"-Las vacaciones de Navidad se dividirán en dos periodos, comprendiendo el primero desde las 18.00 horas del día en que se den las vacaciones escolares hasta las 17.30 horas del día 31 de diciembre, y el segundo desde las 17.30 horas del 31 de diciembre hasta el día que se inicien las clases, en que se volverá al régimen fijado de custodia compartida. En caso de desacuerdo de las partes en el momento de la elección, la madre disfrutará del primer periodo y el padre del segundo en los años pares, y la madre del segundo periodo y el padre del primero en los años impares, y así sucesivamente.

"-Las vacaciones de Semana Santa se dividirán en dos periodos de la misma duración, comenzando el primero a las 18.00 horas del día en que se den las vacaciones escolares y concluyendo a las 18.00 horas de aquel situado en la mitad de los que no haya clase, y el segundo a las 18.00 horas de dicho día y hasta el día en que se inicien las clases, en el que se volverá al régimen fijado de custodia compartida. En caso de desacuerdo de las partes en el momento de la elección, escogerá la madre durante los años pares y el padre durante los años impares, pero, en todo caso, el periodo que comprenda los días de Jueves, Viernes, Sábado y Domingo Santo se disfrutará por las partes de forma alterna, de manera que si un año disfruta uno de dicho periodo, al año siguiente le corresponde al otro, y así sucesivamente.

"-Las vacaciones de verano se dividirán en seis periodos que irán, de las 18.00 horas del día en que se den las vacaciones escolares hasta las 20.00 horas del 30 de junio, desde las 20.00 horas del 30 de junio hasta las 20.00 horas del 15 de julio, desde las 20.00 horas del 15 de julio hasta las 20.00 horas del 31 de julio, desde las 20.00 horas del 31 de julio hasta las 20.00 horas del 15 de agosto, desde las 20.00 horas del 15 de agosto hasta las 20.00 horas del 31 de agosto y desde las 20.00 horas del 31 de agosto hasta el primer día de inicio del curso escolar, en que se volverá al régimen de custodia compartida establecido. En caso de desacuerdo de las partes en el momento de la elección, corresponderán a la madre los periodos 1, 3 y 5, y al padre los periodos 2, 4 y 6 en los años pares, y los periodos 2, 4 y 6 a la madre y los periodos 1, 3 y 5 al padre en los años impares, y así sucesivamente.

"Durante los periodos de vacaciones los progenitores facilitarán la comunicación de sus hijas con aquél con el que no se encuentren, que por su parte buscará no alterar con la correspondiente comunicación las rutinas de las menores en el núcleo familiar en que se hallen.

"Las partes podrán, además, pasar con sus hijas los días -o al menos unas horas- de sus respectivos cumpleaños y del padre y de la madre, así como unas horas en los días de los cumpleaños de las niñas, lo que se fija, especialmente, para los casos en que éstos tengan lugar en fin de semana o vacaciones, para lo que los progenitores deberán llegar a un previo entendimiento.

"7. La demandante continuará en el uso del actual domicilio familiar, situado en la calle DIRECCION000 núm. NUM000 , NUM001 de Palencia, y de su ajuar, pudiendo el demandado continuar ocupando la vivienda que la pareja tiene en común en la CALLE000 núm. NUM002 , NUM003 de Palencia, en cuanto se ha establecido un régimen de custodia compartida en el que las hijas pasan parte del día con el padre y parte del día con la madre.

"8. Cada progenitor atenderá a las necesidades ordinarias de sus hijas mientras esté ejerciendo su guarda y custodia, si bien D. Germán , además, abonará en concepto de alimentos la cantidad de 300.-€ al mes, que será pagada dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año en el número de cuenta que se designe por D.^a Nuria . Dicha pensión se devengará desde la fecha de esta resolución, y se incrementará anualmente en el mes de enero de cada año en proporción al aumento experimentado por el índice de precios al consumo. Además las partes harán frente por mitad a los gastos extraordinarios de sus hijas, debiéndose de estar a lo indicado en la demanda sobre los que, a modo de ejemplo, han de tener tal consideración, así como a lo que la Audiencia Provincial de Palencia, y otras Audiencias, tienen establecido sobre los mismos de manera general.

"9. Los familiares de D.^a Nuria y D. Germán podrán visitar a las dos hijas de la pareja, siendo administrado este derecho para cada familia por el progenitor correspondiente, buscando que tenga lugar en los periodos de estancia o vacaciones con las menores que a cada uno corresponda. Fuera de tales periodos las visitas a las niñas por las familias de las partes podrán darse en casos excepcionales.



"Todo ello sin hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de ambas partes demandante y demandada, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Palencia dictó sentencia, con fecha 20 de diciembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que, desestimando el recurso de apelación del Sr. Germán y la impugnación de la Sra. Nuria, frente a la sentencia dictada el día 20 de abril de 2018, por el Juzgado de primera instancia núm. 5 de Palencia, en los autos de que dimana el presente rollo de sala núm. 379/18 debemos confirmar y confirmamos mencionada resolución, si bien la complementamos a los solos efectos de incluir el derecho de los litigantes a cambiar alguno de los períodos quincenales conforme se indica en la presente resolución, todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso e impugnación de la sentencia".

TERCERO.- 1.- Por Dña. Nuria se interpuso recurso de casación por razón del interés casacional basado en los siguientes motivos:

Motivo primero: En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional, se denuncia que la sentencia recurrida infringe los artículos 91 y 96 del Código Civil pues contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo consistente en que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no se pueden atribuir viviendas o locales, distintos de aquel que constituya la vivienda familiar.

Motivo segundo.- En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional, se denuncia que la sentencia recurrida, así mismo, y sin perjuicio de que no estemos ante una vivienda familiar, pero por aplicación analógica, infringe el art. 96 del Código Civil, pues contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo existente al respecto, es decir: establecido un régimen de custodia compartida entre ambos progenitores, la vivienda familiar no puede quedar para uno de ellos con exclusividad.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 19 de junio de 2019, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Marcos Juan Calleja García, en nombre y representación de D. Germán, presentó escrito de oposición al mismo. Por su parte, el fiscal se muestra conforme con los dos motivos del recurso de casación, e interesa a la sala que:

"Ejerciendo funciones de instancia, case y anule la sentencia recurrida y dicte otra en la que suprima el uso de la vivienda atribuido a D. Germán, sita en la CALLE000 núm. NUM002, NUM003 de la ciudad de Palencia, o, subsidiariamente, se le atribuya el uso de la misma por un plazo determinado".

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de noviembre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

El presente recurso trae causa de demanda de divorcio promovida por la esposa frente a su marido, en la que se solicitaba, entre otras pretensiones, el divorcio, la guarda y custodia compartida de las hijas menores por quincenas, con un régimen de visitas adaptado al de custodia compartida, con una pensión de alimentos a cargo del esposo de 400 euros para sufragar los gastos extraordinarios y con un derecho de visitas de los abuelos.

En primera instancia se estimó en parte la demanda y se acordó mantener las medidas que regían desde el auto de 9 de marzo de 2018. Se mantuvo la guarda y custodia compartida de las niñas y se acordó que la madre continuara en el uso del domicilio familiar, propiedad de sus padres, entendiéndose que lo más lógico era que el marido continuara usando la vivienda, propiedad de ambos, que se contempló como posible en el auto de medidas y que se había hecho efectivo, habida cuenta de lo complicado que se hacía desarrollar la guarda y custodia compartida en el que había sido el domicilio familiar, estableciéndose un régimen de visitas para con las menores. Se fijó una pensión de alimentos a cargo del demandado de 300 euros al mes, debiendo asumir cada parte los gastos ordinarios cuando estén con las niñas y el 50% de los gastos extraordinarios y un derecho de visitas de los familiares.

Contra la citada resolución se interpuso recurso de apelación por el padre en el aspecto relativo a la pensión alimenticia impuesta, al solicitar su exoneración o, subsidiariamente, su reducción a 75 euros por hija. Pide también que se complemente la sentencia en relación a lo que debe entenderse por gastos ordinarios o



extraordinarios y que se le asigne en exclusividad el uso del trastero y plaza de garaje de la vivienda que ambas partes tienen en común y que él utiliza. La esposa se opuso al recurso e impugnó la sentencia en lo que se refiere a la atribución de uso de la vivienda propiedad de ambos, pretendiendo que se deje sin efecto dicho pronunciamiento y se permita la extinción del condominio y su venta y, en otro caso que se limite temporalmente su uso al plazo de un año, negándose a que se le atribuya al demandado en exclusividad el uso del trastero y la plaza de garaje de dicha vivienda. No se discute por ninguna de las partes la guarda y custodia compartida acordada.

Por la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia se desestima el recurso de apelación y la impugnación y se confirma la sentencia.

Considera la sala de apelación que no cabe alterar el criterio del juez de instancia sobre el uso de la vivienda no familiar, propiedad de ambos, ya que fue atribuido al marido para que en ella recibiese y conviviese con sus hijas las horas que le han sido asignadas (durante las mañanas cuida a su hija pequeña y de la mayor desde que sale del colegio hasta las 18.00 horas que la recoge la madre), siendo el interés de las menores el que preside dicha atribución, pues ambos domicilios materno y paterno están a escasos 300 metros y la medida favorece la comunicación con las familias parentales y los traslados de las niñas de uno a otro, sin que se aprecie la necesidad de limitar su uso en el tiempo pues la madre disfruta de una vivienda propiedad de sus padres y no hay visos de que deje de hacerlo, sin perjuicio de lo que en el futuro se pueda resolver al respecto en sede de modificación de medidas.

La madre interpone recurso de casación que se funda en motivos: el primero, por infracción de los arts. 91 y 96 CC, por considerar que la decisión de atribuir el uso y disfrute de la vivienda no familiar y de sus anejos al demandado vulnera lo dispuesto en la jurisprudencia de esta Sala, consistente en que en los procedimientos matrimoniales, seguidos sin consenso de los cónyuges, no se pueden atribuir viviendas, o locales, distintos de aquel que constituya la vivienda familiar. Cita para justificar el interés casacional las SSTS de 9 de mayo de 2012, 31 de mayo de 2012 y 3 de marzo de 2016. Pretende que se deje sin efecto la atribución efectuada al marido del uso del piso propiedad de ambos por mitad indivisa y de sus anejos que no constituye la vivienda familiar.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del art. 96 CC ya que, al establecerse un régimen de guarda y custodia compartida, la vivienda familiar no puede quedar para uno de ellos con exclusividad y sin limitación temporal alguna. Cita para justificar el interés casacional la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo contenida en SSTS de 24 de octubre de 2014, 21 de julio de 2016, 23 de enero de 2017, 14 de marzo de 2017, 22 de septiembre de 2017 y 10 de enero de 2018. Argumenta que la sentencia recurrida al equiparar tácitamente la vivienda propiedad de ambos cónyuges que no constituyó nunca la vivienda familiar a esta y atribuírsela al marido sin limitación temporal alguna vulnera la doctrina de esta Sala que impide que en casos de custodia compartida se prive *sine die* del uso de la vivienda al otro progenitor que es cotitular de la misma.

SEGUNDO.- *Motivos primero y segundo.*

1.- Motivo primero: En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional, se denuncia que la sentencia recurrida infringe los artículos 91 y el 96 del Código Civil pues contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo consistente en que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no se pueden atribuir viviendas o locales, distintos de aquel que constituya la vivienda familiar.

2.- Motivo segundo.- En virtud de lo dispuesto en el art. 477.2-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interés casacional, se denuncia que la sentencia recurrida, así mismo, y sin perjuicio de que no estemos ante una vivienda familiar, pero por aplicación analógica, infringe el art. 96 del Código Civil, pues contradice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo existente al respecto, es decir: establecido un régimen de custodia compartida entre ambos progenitores, la vivienda familiar no puede quedar para uno de ellos con exclusividad.

Se estiman los motivos.

En el recurso se parte de que en la sentencia recurrida se asigna al progenitor el uso indefinido de una vivienda común que no es vivienda familiar, dado que la familiar ha sido una vivienda propiedad de los padres de la progenitora y recurrente.

En la sentencia recurrida se parte de que la vivienda que ha sido asignada al progenitor no era la vivienda familiar, pero que, en interés de los menores y en aplicación del art. 96 del C. Civil, debe mantenerse en el uso de la misma al progenitor y a sus hijas, en los períodos que le corresponden.

Ambos cónyuges convienen que el sistema de custodia es el compartido, sobre lo que no recurren, constandingo que se convino el régimen de separación de bienes al inicio del matrimonio.



El domicilio familiar está en Palencia y la progenitora trabaja cuatro horas al día en Valladolid (como teleoperadora), mientras que el progenitor (guardia civil) se encuentra de baja médica desde hace tiempo, encargándose éste del cuidado de la menor de las hijas (4 años) que padece epilepsia y de la mayor (11 años), desde que sale del colegio hasta las 18 horas.

Dada la diferencia de salario de ambos progenitores (900/1900 euros) se mantuvo por la Audiencia Provincial que el padre abonaría 300 euros en concepto de alimentos, pese al sistema de custodia compartida, dado que ninguno de ellos abonaba rentas o cuotas hipotecarias por la vivienda que ocupaba.

Esta Sala en sentencias 340/2012, de 31 de mayo, 129/2016, de 3 de marzo, y 598/2019, de 29 de octubre, ha declarado que en los procedimientos matrimoniales no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.

En el presente litigio es un hecho probado que la vivienda adjudicada en uso al progenitor no era la vivienda familiar, por lo que su atribución supone un exceso proscrito legalmente en el art. 96 del C. Civil.

Dicho ésto, la vivienda sita en CALLE000 núm. NUM002 NUM003, de Palencia, quedará sometida al proceso de extinción de la comunidad de bienes, sin perjuicio de lo que se determinará a continuación.

Sentadas estas bases y de acuerdo con el art. 93 del C. Civil es constatable la difícil situación en que quedará el progenitor para la prestación de alimentos a sus menores hijas, pues mientras la madre disfruta de vivienda sin canon abonable, él tendrá que afrontar la contratación de una nueva vivienda, desigualdad que no queda íntegramente compensada por la diferencia de sueldo.

Por ello y en aplicación del art. 93 del C. Civil, esta sala reduce la prestación alimenticia de 300 euros que el progenitor debía abonar, fijándola en 150 euros, en aplicación de las facultades que el precepto le concede en interés de los menores, pues en caso contrario no podrían quedar atendidas por su padre (art. 146 del C. Civil), que tendrá que afrontar la contratación de una nueva vivienda.

Para facilitar un cambio de residencia ordenado y equilibrado, esta sala fija, en interés de los menores, un plazo de un año computable desde esta sentencia durante el que el progenitor deberá abandonar la vivienda que actualmente ocupa (art. 96 del C. Civil).

Durante dicho período de un año, deberá seguir abonando la pensión alimenticia de 300 euros, y tras el desalojo, se reducirá a 150 euros.

TERCERO.- Costas.

Estimado el recurso de casación no procede imposición de costas, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

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 Dña. Nuria contra sentencia de fecha 20 de noviembre de 2019, dictada por la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª (apelación 379/2018).

2.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de declarar:

a) La vivienda sita en CALLE000 núm. NUM002 NUM003 de Palencia, quedará sometida al proceso de extinción de la comunidad de bienes.

b) Esta sala fija un plazo de un año computable desde esta sentencia, durante el que el progenitor (D. Germán) deberá abandonar la referida vivienda, que actualmente ocupa.

c) Durante dicho período de un año, el progenitor (D. Germán) deberá seguir abonando la pensión alimenticia de 300 euros, y tras el desalojo, se reducirá a 150 euros.

En los demás aspectos se mantiene la sentencia recurrida.

d) No procede imposición de las costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.