



Roj: **STS 4424/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4424**

Id Cendoj: **28079110012022100851**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2022**

Nº de Recurso: **1656/2022**

Nº de Resolución: **835/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 835/2022**

Fecha de sentencia: 25/11/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1656/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 16/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE MADRID. SECCION N.º 24

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: Emgg

Nota:

CASACIÓN núm.: 1656/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 835/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 25 de noviembre de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Jose Miguel , representado por el procurador D. Juan Torrecilla Jiménez, bajo la dirección letrada de Dña. Paloma Zapatero García, contra la sentencia núm. 826/21, dictada el 23 de septiembre de 2021 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el recurso de apelación núm. 941/2021, dimanante del juicio de divorcio contencioso n.º 240/2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Majadahonda. Ha sido parte recurrida Doña Rosana , representada por el procurador D. Rafael Silva López y bajo la dirección letrada de Dña. María del Mar Bernabé Portoles.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador D. Eduardo Martínez Pérez, en nombre y representación de D. Jose Miguel , interpuso una demanda de divorcio contencioso contra Dña. Rosana y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, solicitó del Juzgado que se dictara sentencia por la que estimando íntegramente la demanda, "[...] se declare haber lugar a la disolución por divorcio del matrimonio celebrado entre D.ª Rosana y D. Jose Miguel , determinándose los siguientes efectos:

" A) Decretar que la patria potestad de la menor de edad Zaida , la ejercerán conjuntamente ambos progenitores, en beneficio de ésta. La patria potestad será ejercida conjuntamente por los progenitores, precisándose el consentimiento de ambos o, en su defecto, la autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación de la menor. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión sobre la menor que pretende adoptar el otro, recabando su consentimiento, se entenderá prestado tácitamente el mismo si en el plazo de los diez días naturales siguientes no lo deniega. En este supuesto será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia. Las decisiones relativas a aspectos o materias de la vida de la menor distintas de las enunciadas corresponderán al progenitor que tenga consigo a la menor, en cumplimiento del régimen de guarda y estancias establecido, en el momento en que la cuestión se suscite.

" B) Atribuir en exclusiva la guarda y custodia de la hija menor a mi mandante D. Jose Miguel , con un régimen de visitas ordinario a favor de la demandada consistente en tenerla consigo los miércoles desde la salida del colegio hasta las 19,30 horas y los fines de semanas alternos desde el sábado a las 10:00 horas hasta el domingo a las 20:00 horas. En cuanto al régimen de vacaciones estivales, la menor disfrutará la mitad de las mismas con cada progenitor, así como la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa, correspondiéndole, a falta de otro acuerdo distinto, elegir a D. Jose Miguel los años pares y a D.ª Rosana los años impares.

"C) En concepto de pensión alimenticia a favor de la hija menor de edad, solicitamos que se establezca una pensión alimenticia de MIL EUROS (1.000,00 €) euros al mes, a satisfacer por la demandada dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta designada a tal efecto por mi mandante, cantidad que se actualizará anualmente, conforme a las variaciones que experimente el IPC que publique el INE u Organismo que lo sustituya. La primera revisión operará en fecha 1 de enero de 2019.

" D) Respecto a los gastos de educación, clases extraescolares, así como todos los demás gastos extraordinarios que se produzcan en la vida de la menor, serán abonados al 50%, considerándose como tales los que resulten excepcionales, no periódicos, imprevisibles, necesarios, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores y previamente consensuados expresa o tácitamente.

" E) Se atribuya a mi mandante en compañía de su hija el uso del domicilio familiar, con su mobiliario y ajuar; pudiendo retirar de la misma la demandada sus bienes y enseres personales.

" F) Una vez sea firme la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, se acuerde expedir los mandamientos oportunos para la inscripción de la sentencia en el Registro Civil correspondiente.

" G) Condenar en costas a la parte demandada, si con temeridad o mala fe se opusiere a lo que se pide".

2. La demanda fue presentada el 9 de abril de 2019 y turnada posteriormente al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Majadahonda, donde se registró como Divorcio contencioso núm. 240/2019.

3. Por decreto de 14 de mayo de 2019 se admitió a trámite la demanda y se acordó emplazar a la demandada y al Ministerio Fiscal a fin de que la contestasen en el plazo de veinte días hábiles. El procurador D. Rafael Silva López, compareció en representación de Dña. Rosana y presentó escrito de contestación a la demanda



en el que solicitaba que se dictara sentencia por la que, dando lugar al divorcio, "[...] determine como efectos derivados del mismo los siguientes:

"1- Declaración de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, conforme a lo establecido en el art. 86 del Código Civil.

"2. Atribución de la Patria potestad de la hija menor de edad de forma compartida entre el padre y la madre, a tenor de lo establecido en el artículo 156 del Código Civil.

" 3. En cuanto a la Guarda y Custodia de la menor, esta será atribuida, de forma total a la madre. A fin de mantener la rutina ya instalada en el núcleo familiar y que ha demostrado ser favorable al interés de la menor, la hija permanecerá con la madre de forma continuada.

" Fijación de un régimen de visitas a favor del padre de acuerdo con lo siguiente;

"- Dos visitas intersemanales, martes y Jueves, en que la hija permanecerá en compañía del padre desde la salida del colegio y hasta las 19 horas (dada la edad de la menor).

"- De los Fines de semana alternos, y hasta que la niña cumpla la edad de 6 años, el Sábado y Domingo desde las 10 horas de la mañana hasta las 19 horas de la tarde.

"- Los periodos vacacionales de Navidad y Semana Santa, entendidos como días no lectivos de los hijos, pasara la niña con el padre una de las celebraciones de Noche Buena y Navidad o Noche Vieja Y Año Nuevo, recogiendo el padre a las 17 horas de dicho día y reintegrándola al domicilio familiar a las 19 horas de la tarde del día siguiente. Elegirá la madre en los años pares y el padre en los impares.

" En cuanto al día de Reyes, será compartido, si la menor duerme la noche del día 5 de Enero con uno de los progenitores, el día 6 de Enero lo recogerá aquel que no la tenga en su compañía a las 13 horas de la mañana y hasta las 17 horas de la tarde.

" - En cuanto a las vacaciones de verano, entendidas como días no lectivos de la hija, el padre tendrá a la niña en su compañía una semana completa en el mes de julio y otra semana completa en el mes de agosto, eligiendo la madre en los años pares y el padre en los impares. En todo momento, el progenitor con el que se encuentre la hija permitirá y facilitará la comunicación con el otro progenitor, siempre que no se produzcan, sin causa justificada, fuera de las horas normales para ello.

" 4. En cuanto a la atribución del domicilio conyugal, el mismo será atribuido a la niña y a la esposa.

" 5. En cuanto a la pensión de alimentos para la menor, consistente en el pago por parte de Don Jose Miguel de los gastos de la **vivienda** familiar en la que habitan actualmente, los gastos de escolaridad completos de la niña, más la cantidad de 1.500 euros mensuales para alimentación, ropa y demás gastos ya señalados.

" Los gastos extraordinarios de salud serán asumidos por mitad entre los progenitores. Idéntico régimen resultará de aplicación a las actividades extraescolares, cursos en el extranjero o viajes formativos de los hijos no incluidos en el recibo escolar, siempre que exista previo consenso entre los progenitores respecto de su procedencia.

" 6. En cuanto a la pensión compensatoria se solicita la cantidad de 2.000 euros en favor de Doña Rosana y durante un periodo de 5 años".

4. Contestada la demanda se convocó a las partes a la celebración de una vista, a la que asistieron las partes y el Ministerio Fiscal. Practicadas las pruebas propuestas y admitidas, los autos quedaron conclusos para sentencia dictando el magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Majadahonda la sentencia n.º 23/2021, de 16 de marzo de 2021, con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO

" Que estimando parcialmente la demanda formulada por DON Jose Miguel contra DOÑA Rosana , debo acordar y acuerdo el divorcio de los expresados cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración y en especial los siguientes:

" Primero.- El divorcio del matrimonio de los litigantes, pudiendo señalar libremente su domicilio, quedando revocados los poderes que se hubieren otorgado.

" Segundo.- La hija menor de edad quedará en compañía y bajo la guarda y custodia de ambos progenitores. La patria potestad continuará ejerciéndose por ambos padres.

" La custodia compartida se ejercerá por semanas siendo el intercambio semanal los lunes a la hora de entrada del colegio, si el día es festivo el intercambio se producirá a la misma hora en el domicilio donde residan las menores en el momento de cambio de custodia.



" Se concede a los progenitores que no estén ejerciendo la guarda de facto durante la semana en que no les corresponde, el derecho a relacionarse con su hija lunes y viernes desde la salida del colegio hasta las 20 horas, en que deberán reintegrar a la menor al domicilio del progenitor que ostente la guarda esa semana.

" Las vacaciones escolares de Verano, se repartirán por mitad entre ambos progenitores, por períodos quincenales alternos los meses de Julio y Agosto, eligiendo su mitad el padre en los años pares y la madre en los años impares, en caso de desacuerdo. Las vacaciones de Semana Santa y Navidad, también se dividirán por mitad, con el mismo sistema electivo en caso de desacuerdo.

" El día del padre y el día de la madre, así como los de cumpleaños de los progenitores, las menores estarán con el que cumpla años o sea el día de su homenaje, si es festivo todo el día, si es lectivo desde la salida del colegio hasta la entrada al colegio al día siguiente; pudiendo en el día del cumpleaños de las menores visitarlos el progenitor que no le corresponda ese día estar con ellos durante una hora, que en caso de desacuerdo, será de 17.30 a 18.30 horas.

" Ambos progenitores podrán relacionarse telefónicamente o telemáticamente con sus hijas durante los períodos de custodia del otro, siempre respetando los horarios de colegio, estudio y descanso de las menores.

" Tercero . - En concepto de pensión de alimentos para la hija, se establece la obligación de contribuir a los gastos de habitación y alimentación de la menor durante sus períodos de custodia, correspondiendo, además, a don Jose Miguel abonar 800 euros mensuales y a doña Rosana 100 euros mensuales en una cuenta común para atender al pago de los gastos escolares de su hija y otros gastos diferentes de los de alimentación y habitación, como vestido, transporte, ocio, extraescolares o medicinas para enfermedades comunes.

" Igualmente ambos progenitores sufragarán la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de las menores hasta tanto alcance la independencia económica, tales como operaciones quirúrgicas, largas enfermedades, y análogos, previa notificación del hecho que motiva el gasto, y el importe del mismo, para su aprobación, y en caso de no ser aceptado resolvería este juzgado.

" Dicha cantidad será actualizada con efectos de 1º de Enero de cada año, de acuerdo con el porcentaje publicado anualmente por el INE u organismo que lo sustituya. Los progenitores sufragarán la mitad de los gastos extraordinarios de las hijas, considerándose como tales operaciones quirúrgicas, largas enfermedades, y análogos, previa notificación del hecho que motiva el gasto, y el importe del mismo, para su aprobación, y en caso de no ser aceptado resolvería este juzgado.

" Cuarto.- Se atribuye el uso de la **vivienda** sita en DIRECCION000 , CALLE000 n.º NUM000 , a la progenitora doña Rosana .

" Quinto.- Se fija una pensión compensatoria en favor de doña Rosana , a abonar por don Jose Miguel , de 300 euros mensuales durante 1 año, con el fin de facilitar el acceso al mercado laboral.

" Sexto.- Se acuerda la disolución del régimen económico matrimonial.

" No se hace expreso pronunciamiento en relación con las costas causadas.

" Comuníquese esta Sentencia, una vez que sea firme, a las oficinas del Registro Civil en que conste la inscripción de matrimonio de los sujetos del pleito, así como a aquellos en que conste inscrito el nacimiento del hijo".

**5.** El auto de 22 de abril de 2021 acordó haber lugar a la aclaración de la sentencia instada por la representación de la parte demandante en el siguiente sentido:

" DISPONGO.- Haber lugar a la aclaración de la sentencia de fecha 16 de marzo de 2021, y así en el fundamento de derecho segundo, párrafo 6º, a continuación de la expresión "... y la madre los impares..." debe añadirse lo siguiente "El progenitor a quien corresponda elegir período deberá hacerlo antes del 30 de mayo de cada año, y en su defecto elegirá el otro progenitor...", y a continuación de la expresión "... mismo sistema electivo en caso de desacuerdo...", se añade la expresión "la elección de navidad será comunicada antes del 30 de noviembre y la de semana santa antes del 1 de marzo, y en su defecto elegirá el otro progenitor". En el mismo sentido se modifica el fallo en el número dos, párrafo cuatro. En el fundamento de derecho cuarto se añade un último párrafo en el siguiente sentido "doña Rosana deberá abonar todos los gastos de la **vivienda** que se devenguen del uso, y don Jose Miguel todos los gastos que graven la propiedad". Y en el número cuatro del fallo de la sentencia se añade un idéntico párrafo, manteniendo en lo restante la resolución dictada".

**SEGUNDO.** Tramitación en segunda instancia



1. La sentencia fue recurrida en apelación por la representación de D. Jose Miguel y también por la representación de doña Rosana . El Ministerio Fiscal se opuso a los recursos de apelación interpuestos, interesando la confirmación de la resolución recurrida.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid que lo tramitó con el número de rollo 941/2021, y tras seguir los correspondientes trámites dictó la sentencia núm. 826/21, de 23 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva dice así:

"FALLAMOS

" Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Don Jose Miguel representado por el Procurador Don JUAN TORRECILLA JIMENEZ; y desestimando, igualmente, el interpuesto por Dña. Rosana ., representada por el Procurador Don RAFAEL SILVA LOPEZ contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2021; del Juzgado de 1ª Instancia n.º 2 de Majadahonda ; dictada en el proceso de Divorcio n.º 240/2019; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la expresada resolución íntegramente y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguna de las partes.

" Con pérdida del depósito constituido, salvo que sea beneficiario de justicia gratuita".

El 11 de enero de 2022 se dictó auto que acordaba no haber lugar a complementar o subsanar la sentencia dictada.

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

1. El procurador D. Juan Torrecilla Jiménez, en representación de D. Jose Miguel , interpuso recurso de casación por interés casacional dentro del plazo legal y al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2. 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

1.1 Fundamenta la interposición del recurso en un único motivo que introduce en su escrito con el siguiente encabezamiento:

"MOTIVO DE CASACIÓN ÚNICO. El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3º del apartado 2 del art. 477 de la LEC, presentando interés casacional, al considerar que la Sentencia recurrida vulnera el artículo 96.2 del Código Civil, el art. 348 del Código Civil, el art. 33 de la Constitución Española y contradice la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la atribución del domicilio familiar cuando se decreta la custodia compartida y la **vivienda** pertenece en exclusiva a uno solo de los progenitores. En tales circunstancias, la Jurisprudencia determina que no se puede hacer atribución del uso del domicilio con carácter indefinido al cónyuge no titular de la **vivienda**, debiéndose establecer un plazo que oscila entre uno y tres años".

2. Solicita de la Sala que "[...] teniendo por presentado este escrito y consignado el depósito exigido por la Disp. Adicional 15ª de la LOPJ, tenga por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia dictada por esta Sala de fecha 23 de septiembre de 2021 de modo que, previos los trámites legales procedentes por el tribunal se dicte sentencia por la que, estimando el recurso de casación, case y anule la resolución impugnada y resolviendo sobre el fondo, declare fijar un límite temporal de máximo dos años, contados a partir de la fecha del Auto de Medidas, de 20 de marzo de 2020, a la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar- titularidad exclusiva de mi representado-, a favor de la esposa".

2. Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes, por auto de 29 de junio de 2022 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto.

3. Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. El Ministerio Fiscal en base a las consideraciones que expone en escrito de 14 de septiembre de 2022, interesa la estimación del recurso de casación interpuesto en cuanto a la necesidad de fijar un límite temporal a la atribución de la **vivienda** familiar a la madre.

4. Por providencia de 3 de octubre de 2022 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose el día 16 de noviembre de 2022 para la votación y fallo, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.** *Resumen de antecedentes*

1. La sentencia dictada en la primera instancia del proceso en el que se interpone este recurso de casación acordó el divorcio del matrimonio formado por D. Jose Miguel y D.ª Rosana , estableció la guarda y custodia compartida de la hija menor de edad y atribuyó el uso de la **vivienda** familiar a la progenitora, al considerar



que su asignación se debía realizar ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso y que "En este supuesto, sí que existe a día de hoy un interés mas (sic) necesitado de protección el de la progenitora a quien debe otorgarse el uso de la que fuera **vivienda** habitual tanto en la semana que ejerza la custodia como en la que no la ejerza"

En la sentencia se dispone que los progenitores en concepto de pensión de alimentos para la hija, deberán contribuir a los gastos de habitación y alimentación de la menor durante sus períodos de custodia, correspondiendo, además, al Sr. Jose Miguel abonar ochocientos euros (800 €) mensuales y a la Sra. Rosana cien euros (100 €) mensuales para atender al pago de los gastos escolares de su hija y otros gastos diferentes de los de alimentación y habitación, como vestido, transporte, ocio, extraescolares o medicinas para enfermedades comunes. Además, se deja constancia, al razonar sobre la pensión compensatoria que se fija a favor de la Sra. Rosana en la cantidad de 300 € al mes y durante el periodo de tiempo de un año, que esta es una persona joven y con posibilidades de acceso al mercado laboral y que no existió una larga dedicación a la familia, puesto que el matrimonio tuvo una duración de aproximadamente cuatro años.

2. Recurrída la sentencia anterior tanto por el Sr. Jose Miguel como por la Sra. Rosana, la Audiencia Provincial desestima ambos recursos afirmando en lo relativo a las medidas complementarias establecidas para la custodia compartida, incluida la atribución del uso del domicilio familiar, que "[d]el estudio de las actuaciones y de las circunstancias que adornan el presente caso procede confirmar[las]".

Solicitada la subsanación de la sentencia por el Sr. Jose Miguel para que "[s]e concrete la duración de la atribución del uso y disfrute del domicilio familia (sic), teniendo en consideración que [le] pertenece con carácter privativo [...] y que se ha decretado una custodia compartida" y tras oponerse a la solicitud la Sra. Rosana, que interesa la confirmación de la sentencia y subsidiariamente, para el caso de que se limite temporalmente el uso de la **vivienda**, que se le atribuya hasta que la hija sea independiente económicamente o cumpla la mayoría de edad, la Audiencia Provincial resuelve no haber lugar a complementar o subsanar la sentencia "[a] no darse la omisión que se indica ya que en la citada resolución se confirma íntegramente la sentencia de instancia de fecha 16 de marzo de 2021 y en este (sic) de manera clara se indica que el uso del domicilio familiar se concede a la madre al ser su interés el más necesitado de protección y ello tanto en la semana que ejerza la custodia como en la que no lo (sic) ejerza debiéndose aplicar el párrafo segundo del art. 96 del C.C, es decir conforme al prudente arbitrio judicial y ante el vacío legal del uso concedido será mientras permanezca la custodia compartida".

3. El Sr. Jose Miguel ha interpuesto recurso de casación por interés casacional con fundamento en un motivo único que ha sido admitido. Solicita que se fije como límite temporal máximo de la atribución del uso del domicilio familiar a la Sra. Rosana el de dos años contados a partir de la fecha del auto de medidas de 20 de marzo de 2020.

La Sra. Rosana se ha opuesto al recurso, solicitando su desestimación y la confirmación de la resolución recurrida.

Y la fiscal ha solicitado su estimación alegando que la atribución del domicilio familiar a la progenitora ha de estar sometida a un límite temporal, pero más amplio que él pretendido por el recurrente.

#### **SEGUNDO.** *Motivo del recurso de casación. Alegaciones de la recurrida y de la fiscal. Decisión de la sala*

1. En el motivo único del recurso de casación se alega la infracción de los art. 96.2 y 348 CC y 33 CE, así como la conculcación por la sentencia recurrida de la doctrina jurisprudencial relativa a la atribución del domicilio familiar cuando se decreta la custodia compartida y la **vivienda** pertenece en exclusiva a uno solo de los progenitores, que en tales circunstancias determina, según afirma el recurrente, "que no se puede hacer atribución del uso del domicilio con carácter indefinido al cónyuge no titular de la **vivienda**, debiéndose establecer un plazo que oscila entre uno y tres años". En tal sentido cita las sentencias 438/2021, de 22 de junio, 558/2020, de 26 de octubre, 656/2020, de 4 de octubre, 268/2018, de 9 de mayo, 517/2017, de 22 de septiembre, y 593/2014, de 24 de octubre.

2. La recurrida se opone al recurso al considerar que la sentencia está "perfectamente fundamentada", al haber dejado claramente establecido que "En este supuesto, sí que existe a día de hoy un interés más necesitado de protección, el de la progenitora a quien debe otorgarse el uso de la que fuera **vivienda** habitual, tanto la semana que ejerza la custodia, como en la que no la ejerza".

De forma distinta, la fiscal sostiene que el recurso debe ser estimado, puesto que "en los supuestos de custodia compartida la atribución temporal de la **vivienda** familiar sin límite temporal se estima vulnera la Jurisprudencia sentada por esta Sala". Razona que "La jurisprudencia con el fin facilitar la transición en la adquisición del uso de la **vivienda** ha establecido distintos períodos temporales [...]", y que para fijar el límite temporal debatido es preciso ponderar las circunstancias de cada caso, debiendo tenerse en cuenta en el



presente "las circunstancias personales y económicas de los progenitores y en especial de la madre y que se ponen de relieve en las sentencias recurridas". Atendidas "estas circunstancias y fundamentalmente teniendo en cuenta la no paridad económica entre ambos cónyuges", la fiscal considera que lo que procede es "fijar el plazo de dos años, computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia [...]". Finalmente, y por lo que se refiere a las alegaciones de la recurrida sobre sus condiciones personales, sociales, económicas, laborales y de salud en el sentido de que sus ingresos son inferiores a los del padre y su situación más precaria en términos generales, afirma la fiscal que "tal y como se establece por esta Sala (sentencias 55/2016, de 1 de febrero, 546/2017, de 17 de octubre, 348/2018, de 7 de junio, 630/2018, de 13 de noviembre, y 30/2019, de 17 de enero) la custodia compartida no excluye la fijación de alimentos cuando existe gran disparidad en la situación económica de ambos progenitores. En el presente caso se ha reconocido esa pensión compensatoria, así como una mayor y más importante contribución del padre a los alimentos para compensar el desequilibrio que se alega. Además, y como se dice en las sentencias citadas, siempre queda abierta la posibilidad de una modificación de medidas si fuera precisa para ajustar la satisfacción de las necesidades de la menor a la capacidad económica de cada progenitor en la situación que derivará tras la extinción del uso de la **vivienda**".

3. En la sentencia 870/2021, de 20 de diciembre, a la que nos hemos vuelto a referir en la 314/2022, de 20 de abril, dijimos, sobre el modo de resolver en los casos de custodia compartida a quién corresponde el uso de la **vivienda** familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, que, al no existir un criterio legal que fije la regla de atribución, la jurisprudencia de esta sala (sentencias 593/2014, de 24 de octubre; 465/2015, de 9 de septiembre; 51/2016, de 11 de febrero; 42/2017, de 23 de enero; 513/2017, de 22 de septiembre, 95/2018, de 20 de febrero, 438/2021, de 22 de junio, entre otras muchas) ha considerado que la regulación más próxima es la que se prevé en el art. 96 CC para los casos en los que se distribuye la custodia de los hijos menores entre sus padres; es decir, cuando algunos quedan en compañía de uno de ellos y los restantes del otro, que es el supuesto que guarda mayor identidad de razón, y, por lo tanto, el que nos da una pauta valorativa, cuando señala que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo, al titular de la jurisdicción, el mandato normativo de apreciar las circunstancias en concurso para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en conflicto, sin condicionar normativamente la libertad resolutoria del juzgador. Añadiendo, a renglón seguido:

" Con tal finalidad, se deberá de prestar especial atención a dos factores: "[...] en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que aquel que permite compaginar los períodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la **vivienda** que constituye el domicilio familiar es **privativa** de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero" ( sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 396/2020, de 6 de julio y 438/2021, de 22 de junio entre otras).

" De acuerdo con dicha doctrina, es posible la atribución del uso a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una **vivienda** (no ser titular o no disponer del uso de otra, menores ingresos) para que, de esta forma, pueda llevarse a cabo la efectiva convivencia con sus hijos durante los períodos en los que le corresponda tenerlos en su compañía ( sentencias 95/2018, de 20 de febrero; 558/2020, de 26 de octubre y 438/2021, de 22 de junio entre otras). Ahora bien, con una limitación temporal, similar a la que se establece en el párrafo tercero del art. 96 CC para los matrimonios sin hijos, actual número segundo de dicho precepto ( sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 396/2020, de 6 de julio y 438/2021, de 22 de junio).

" Con esta finalidad, de favorecer el tránsito a la nueva situación derivada de la custodia compartida, se han fijado plazos de uso temporal, con valoración de las circunstancias concurrentes, que han oscilado desde un año ( sentencias 51/2016, de 11 de febrero; 251/2016, de 13 de abril y 545/2016, de 16 de septiembre); de dos años (sentencias 513/2017, de 22 de septiembre; 15/2020, de 16 de enero, 558/2020, de 26 de octubre); tres años (sentencias 465/2015, de 9 de septiembre y 294/2017, de 12 de mayo), uso por anualidades alternas (sentencia 95/2018, de 20 de febrero) o en fin hasta que se proceda a la liquidación de la sociedad legal de gananciales ( sentencia 183/2017, de 14 de marzo). En definitiva, uso temporal conferido en consonancia con un imprescindible juicio circunstancial motivado".

Es claro, que la decisión de la Audiencia confirmando la atribución del uso de la **vivienda** familiar a la progenitora de la menor por ser su interés el más necesitado de protección, pero sin establecer limitación temporal alguna, no se ajusta a la doctrina anterior, por lo que procede la estimación del motivo y, con él, la del recurso de casación.

### **TERCERO.** *Asunción de la instancia*

Estimado el recurso de casación debemos asumir la instancia para resolver la limitación temporal procedente a la atribución del uso de la **vivienda** familiar a la progenitora de la menor, lo que se debe llevar a cabo atendiendo a las circunstancias concurrentes.



Las circunstancias que califican el caso son las siguientes: (i) el matrimonio ha tenido una duración de cuatro años; (ii) la **vivienda** familiar es **privativa** del Sr. Jose Miguel ; (iii) la Sra. Rosana es una persona joven y con posibilidades de acceso al mercado laboral; (iii) los progenitores en concepto de pensión de alimentos para la hija, deberán contribuir a los gastos de habitación y alimentación de la menor durante sus períodos de custodia, correspondiendo, además, al Sr. Jose Miguel abonar ochocientos euros (800 €) mensuales y a la Sra. Rosana cien euros (100 €) mensuales para atender al pago de los gastos escolares de su hija y otros gastos diferentes de los de alimentación y habitación, como vestido, transporte, ocio, extraescolares o medicinas para enfermedades comunes; (iv) en la sentencia de divorcio se estableció una pensión compensatoria a favor de la Sra. Rosana en la cantidad de 300 € al mes y durante el periodo de tiempo de un año.

A la vista de las circunstancias anteriores, y en sintonía con lo que solicita el fiscal, cuya argumentación asumimos, fijamos como plazo temporal de uso de la **vivienda** familiar el de dos años, computable desde la fecha de la presente sentencia, con el fin de facilitar a la progenitora y a la menor, la transición a una nueva residencia.

#### **CUARTO.** Costas y depósitos

Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes ( art. 398.2 LEC) y se dispone la devolución del depósito constituido para interponerlo ( disposición adicional 15.ª, apartado 8 LOPJ).

#### **FALLO**

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

:

- 1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Jose Miguel contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimocuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, con el n.º 826, el 23 de septiembre de 2021, en el recurso de apelación 941/2021, en el único y siguiente sentido.
- 2.º- Establecer como plazo temporal del uso de la **vivienda** familiar atribuido a D.ª Rosana el de dos años, computables desde la fecha de la presente sentencia.
- 3.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes y disponer la devolución del depósito constituido para interponerlo.

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.