



Roj: **STS 4917/2024 - ECLI:ES:TS:2024:4917**

Id Cendoj: **28079110012024101271**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/10/2024**

Nº de Recurso: **3176/2023**

Nº de Resolución: **1312/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP, Madrid, Sección 24ª, 02-02-2023 (rec. 1347/2021),
STS 4917/2024**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.312/2024

Fecha de sentencia: 14/10/2024

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3176/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/10/2024

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 24.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 3176/2023

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

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 004

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1312/2024

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 14 de octubre de 2024.



Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Germán , representado por la procuradora D.ª Yolanda López Muñoz y bajo la dirección letrada de D. Francisco Javier Blanco González, contra la sentencia n.º 53/2023, de 2 de febrero, dictada por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 1347/2021, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 644/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, sobre divorcio contencioso. Ha sido parte recurrida D.ª Noelia , representada por la procuradora D.ª Belén Izquierdo Manso y bajo la dirección letrada de D.ª Aránzazu Juan-Aracil Elejabeitia.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. La procuradora D.ª Belén Izquierdo Manso, en nombre y representación de D.ª Noelia , interpuso demanda de divorcio y adopción de medidas previas contra D. Germán , en la que solicitaba se dictara sentencia:

"estimatoria de mis pretensiones en la que se declare el divorcio del matrimonio formado entre los cónyuges aquí litigantes por la causa invocada, condenando al demandado al pago de las costas procesales en caso de oponerse nuestra pretensión, y acuerde las siguientes medidas:

"1. Que se declare disuelto por divorcio el matrimonio formado por mi representada D.ª Noelia y el demandado D. Germán .

"2. Que se atribuya el uso y disfrute de la que hasta la fecha ha sido el domicilio conyugal a la esposa sita en esta ciudad de Madrid en DIRECCION000 - Madrid.

"3. Que se declare la patria potestad del menor de forma compartida para ambos cónyuges, y se atribuya la guarda y custodia del mismo a mi representada.

"4. Que se establezca, para el caso de desacuerdo entre las partes, el régimen de visitas indicado con anterioridad en el HECHO SÉPTIMO de la presente demanda.

"5. Que se acuerde en concepto de pensión alimenticia a fin de atender a los gastos de alimentos, vestido, habitación y educación del hijo menor, que el padre abonará mensualmente a la madre, dentro de los cinco primeros días de cada mes, el importe de trescientos euros mensuales (300,00 €). Esta cantidad será actualizada conforme al IPC anual, o índice que en su caso lo sustituya. Dicha cantidad será ingresada por el padre en la cuenta corriente que la esposa designe.

"Cada progenitor debe abonar el cincuenta por ciento de los siguientes gastos y desembolsos:

"Libros y material escolar (pago a cooperativa de clase, excursiones escolares,

"Actividades extraescolares en las que haya común acuerdo entre los progenitores

"Ropa y otros equipamientos necesarios para el desarrollo de las actividades extraescolares anteriormente mencionadas.

"Gastos de enfermedad, farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social (vacunas, medicinas, ortopedia, plantillas, etc.)

"Gastos de oculista incluyendo gafas, dentista incluyendo ortodoncia, terapia psicológica, tratamientos y terapias alternativas como la acupuntura...

"Carnet de conducir

"Los restantes gastos extraordinarios serán satisfechos por los cónyuges por mitad".

2. La demanda fue presentada el 19 de noviembre de 2020 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid, fue registrada con el n.º 644/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada y del Ministerio Fiscal.

3. D.ª Yolanda López Muñoz, en nombre y representación de D. Germán contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba

"[...] dicte sentencia por la que se acuerde:

"1.º- DISOLUCIÓN MATRIMONIAL.- Se decrete la disolución del matrimonio por divorcio.



"2º.- REVOCACIÓN DE PODERES.- Se declaren revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, cesando, salvo pacto en contrario, la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

"3º.- PATRIA POTESTAD.- Ambos progenitores mantendrán el ejercicio conjunto de la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 145 y 156 del CC. Por tanto, deberán comunicarse todas las decisiones que con respecto a su hijo adopten en el futuro, así como todo aquello que conforme a su interés prioritario deban conocer ambos progenitores.

"Ambos progenitores participarán en las decisiones que con respecto al hijo se tomen en el futuro, siendo de especial relevancia las que vayan a adoptar en relación a su residencia o las que afecten al ámbito escolar, o al sanitario y los relacionados con celebraciones religiosas.

"Sobre esta base se impone la intervención de ambos progenitores en decisiones relativas al cambio de centro escolar o cambio del modelo educativo.

"Asimismo se impone la decisión conjunta para cualquier tipo de intervención quirúrgica o de tratamiento médico no banal tanto si entraña un gasto como si está cubierto por algún seguro.

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

"El progenitor que en cada momento se encuentre en compañía del hijo podrá adoptar decisiones respecto al mismo sin previa consulta en los casos en los que exista una situación de urgencia o en aquellas decisiones diarias, poco trascendentes o cotidianas que en el normal transcurrir de la vida con un menor puedan producirse.

"4.º- GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA, y REGIMEN DE ESTANCIAS .- Siguiendo el mismo criterio señalado, es decir, lo más beneficioso para el hijo, y en consideración a los extremos en los que quede fijada la guarda y custodia compartida interesada por mi patrocinado, se propone por esta parte establecer el siguiente sistema de guarda y custodia compartida:

"Por períodos semanales alternos, de viernes a viernes, con entrega y recogida en el centro escolar o, en su defecto, a la misma hora en el domicilio del progenitor custodio con quien hubiese correspondido.

"Vacaciones escolares.- En Navidad las vacaciones se dividirán en dos períodos, siendo el primero el comprendido desde el inicio de las vacaciones hasta el 30 de diciembre a las 18h, el segundo desde ese momento hasta el reinicio de las clases. Los progenitores tendrán consigo a su hijo en dichos períodos de forma alterna, correspondiendo al padre el primer período en los años pares y a la madre en los impares.

"En Semana Santa, las vacaciones se dividirán en dos períodos, siendo el primero el comprendido desde la salida del colegio hasta el Miércoles Santo a las 20h y el segundo desde ese momento hasta el fin del período vacacional. Los progenitores tendrán consigo a su hijo, de forma alterna, correspondiendo el primer período al padre en los años impares y el segundo en los pares.

"En verano únicamente se considerará período vacacional de reparto el de los meses de julio y agosto, aplicándose, por tanto, durante los meses de junio y de septiembre el régimen de custodia compartida y de visita intersemanal. Los meses de julio y de agosto se dividirán en cuatro quincenas naturales para disfrutar cada uno de los progenitores las estancias con el menor durante dos quincenas alternas, correspondiendo al padre las primeras quincenas de julio y de agosto en los años impares y a la madre en los pares.

"5.º-CONTRIBUCIÓN ALIMENTICIA.-

"El progenitor que en cada momento ejerza su turno de guarda y custodia, deberá asumir los gastos ordinarios del menor relativos a alimentación propiamente dicha, consumos y suministros.

"Por otro lado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, cada uno de los progenitores realizará aprovisionamientos mensuales, a título de contribución alimenticia, en la cuenta corriente que los progenitores abrirán al efecto en alguna entidad bancaria de su elección, de titularidad conjunta y firma indistinta, para domiciliar y cargar en ella todos los gastos del menor que sea posible atender de este modo, tales como el comedor del colegio, actividades extraescolares, matrículas, libros, uniforme, material escolar, tratamientos farmacológicos especialmente caros o prolongados. Teniendo en cuenta los ingresos de cada uno de los progenitores y los gastos regulares y directos del menor, pues cursa sus estudios en un colegio público,

proponemos que se aprovisione mensualmente aquella cuenta común por importe de 300,00.- €, haciéndolo la madre en un 75% y el padre en un 25%.

"Dichos aprovisionamientos mensuales, con carácter de contribución alimenticia, podrán ser modificados, al alza o a la baja, previo acuerdo y, en todo caso, se verán actualizados anualmente cada primero de año de conformidad con la variación porcentual que sufra el IPC en el período anual anterior.

"Los gastos extraordinarios. -

"En cuanto a los gastos extraordinarios, entendiéndose por tales gastos los que excedan de los alimentos ordinarios y normales, es decir, los gastos de carácter necesario y que puedan surgir de modo imprevisible por razón de estudios, enfermedad, ortodoncias, plantillas, gafas, lentillas u otro supuesto análogo, serán sufragados por ambos progenitores en la misma proporción de un 75% la madre y el padre en un 25%.

"6º.- USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.- Habida cuenta de que la vivienda familiar es propiedad privativa y exclusiva del esposo, siendo que, además, el derecho de usufructo pertenece a los padres de éste desde su adquisición, y considerando igualmente que la esposa no ostenta el interés más digno y necesitado de protección, pues sus ingresos doblan a los de su marido, corresponderá atribuir al esposo el uso de la vivienda.

"7º.- INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL. - Y, una vez 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."

4. El Fiscal contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"Que tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales y la práctica de las pruebas propuestas dicte Sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados"

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 75 de Madrid dictó sentencia n.º 222/2021, de 10 de junio, con el siguiente fallo:

"Estimando parcialmente la demanda formulada por D.^a Noelia , representada por el Procurador de los Tribunales, D.^a Ana Belén Izquierdo Manso contra D. Germán , representado por el Procurador de los Tribunales, D.^a Yolanda López Muñoz; debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio de los referidos cónyuges, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y acordando las siguientes medidas complementarias:

"1º.- Se atribuye la guarda y custodia del hijo, Adolfo , a la madre, Sra. Noelia , siendo la patria potestad compartida.

"2º.- Régimen de visitas, estancias y comunicaciones:

"El padre podrá estar con el menor:

"a.- Cuando libremente acuerden las partes.

"En su defecto;

"b.- Los fines de semana alternos desde el viernes desde la salida del colegio, donde lo recogerá o 17 horas en el domicilio materno, si no fuera lectivo hasta el lunes que lo reintegrará en el centro escolar.

"Los puentes y festivos inmediatamente anteriores o posteriores a un fin de semana quedan unidos al mismo y serán disfrutados por el progenitor al que le corresponda tener al hijo ese fin de semana.

"Dos tardes intersemanales que, en defecto de acuerdo serán los martes y los jueves.

"Los martes, desde la salida del colegio, donde lo recogerá o las 17 horas, si no fuera lectivo hasta las 20 horas que lo reintegrará en el domicilio materno.

"Los jueves, desde la salida del colegio, donde lo recogerá, hasta el viernes, que lo reintegrará en el colegio.

"Vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano se repartirán por mitad.

"Vacaciones de Navidad: Periodo desde la salida del centro escolar el día que dan vacaciones a las 20 horas del día inmediatamente anterior a la reanudación de las clases.

"1º.- Desde la salida del centro escolar a las 20 horas del día 30 de diciembre. 2º.- Desde las 20 horas del día 30 de diciembre a las 20 horas del día inmediatamente anterior a la reanudación de las clases.

"El día de Reyes, el progenitor que no esté con el menor, podrá disfrutar de él, desde las 12 a las 1630 horas, debiendo recoger y reintegrar al menor en el domicilio en que se encuentre.



"En caso de discrepancia, la madre tendrá al menor el primer periodo en los años pares y el padre el segundo y en los años impares, el padre lo tendrá el primer periodo y la madre el segundo.

"En vacaciones de verano.- Serán disfrutadas por quincenas alternas, julio y agosto.

"1º.- Desde la salida del colegio el día que dan vacaciones a las 20 horas del 30 de junio.

"2º.- Desde las 20,00 horas del 30 junio a las 20 horas del 15 de julio; 3º.- desde las 20h del 15 de julio hasta las 20 h del 31 julio; 4º. Desde las 20 horas del 31 julio a las 20 horas del 15 de agosto y 5º.- Desde las 20 horas del 15 de agosto a las 20 horas del 31 de agosto. 6º.- Desde las 20 horas del 31 de agosto hasta las 20 horas del día inmediatamente anterior al comienzo del curso escolar.

"En caso de discrepancia, la madre tendrá al menor el 1º, 3º y 5º periodo en los años pares y el padre el 2º, 4º y 6º y en los años impares, el padre lo tendrá el 1º, 3º y 5º periodo y la madre el 2º, 4º y 6º.

"En Semana Santa: Primer periodo. - Desde la salida de colegio el día que dan vacaciones hasta las 15 horas del Miércoles Santo. 2º. - Desde las 15 horas del Miércoles Santo hasta las 20 horas del día inmediatamente anterior a la reanudación de las clases.

"En caso de discrepancia, la madre tendrá al menor el primer periodo en los años pares y el padre el segundo y en los años impares, el padre lo tendrá el primer periodo y la madre el segundo.

"El primer fin de semana siguiente a la finalización de un periodo vacacional, le corresponderá tener al menor, al progenitor que no lo hubiere tenido el segundo periodo vacacional.

"En todo momento, el progenitor con el que se encuentre el menor permitirá y facilitará la comunicación con el otro progenitor, por cualquiera de los medios de que dispongan, siempre que esta última se haga respetando el horario escolar y de descanso del hijo.

"3º.- El padre Sr. Germán , abonará a la madre mensualmente Sra. Noelia , en los cinco primeros días de cada mes, en concepto de pensión de alimentos para el hijo, la cantidad de 150 euros, (CIENTO CINCUENTA EUROS) que ingresará en la cuenta que la madre designe Dicha pensión se actualizará anualmente conforme al I.P.C. fijado por el I.N.E. u Organismo que le sustituya, de forma automática por el obligado al pago, sin necesidad de requerimiento previo.

"Los gastos extraordinarios que genere el hijo serán abonados al 50% por los progenitores y, salvo los urgentes, serán adoptados de común acuerdo y en su defecto mediante autorización judicial.

"A tales efectos y en defecto de acuerdo entre los progenitores se considerarán como tales todos los derivados de enfermedad grave o prolongada, intervención quirúrgica, internamiento en centros sanitarios, ortopedia, gafas, dentista etc., y en general, los médicos, sanitarios y farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o Seguros concertados por los padres, todos los gastos escolares distintos de la matrícula propiamente dicha, que puedan devengarse durante el curso escolar, como campamentos y excursiones organizadas por el propio centro y que formen parte de la programación del curso o clases particulares si fueran necesarias, los derivados de los estudios universitarios y postuniversitarios y de capacitación profesional en las cuantías que no estén subvencionados, las actividades extraescolares, que puedan realizar tales como clases de idiomas, deportes etc., viajes de formación, estudios y recreo.

"Los libros, material escolar y uniformes, son gastos ordinarios incluidos en la pensión de alimentos.

"4º.- Se atribuye al hijo y a la madre el uso de la vivienda familiar sita en la DIRECCION000 de Madrid, así como el ajuar doméstico.

"El padre podrá retirar sus efectos personales.

"No procede hacer expresa declaración sobre las costas causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 1347/2021 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 2 de febrero de 2023, con el siguiente fallo:

"Que ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D. Germán representado por el Procurador DOÑA YOLANDA LOPEZ MUÑOZ contra la sentencia de 17 de junio de 2021 dictada en el procedimiento Divorcio Contencioso 644/2020 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 75 de Madrid de que el presente rollo dimana, DEBEMOS REVOCAR PARCIALMENTE la citada resolución, y establecer una custodia compartida sobre el hijo común de ambos en periodos semanales, de viernes a viernes y las vacaciones de



Navidad, Semana Santa y verano por mitad y los gastos comunes del menor serán por mitad y los de estancia con cada uno, así como el menor, salvo acuerdo de los progenitores vivirá en el domicilio familiar y los padres vivirán en el periodo de alternancia, así como gastos extraordinarios que serán al 50 por ciento; y sin que proceda hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada a ninguna de las partes.

"La estimación del recurso determina la devolución del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de Julio, del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

"Remítase testimonio de la presente Resolución al Juzgado de procedencia para su conocimiento y efecto".

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

1. La procuradora D.ª Yolanda López Muñoz, en representación de D. Germán , interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º de la LEC se denuncia en el presente recurso la infracción del artículo 96.2 del Código Civil, con inobservancia de la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

"Segundo.- El recurso de casación se interpone también al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º por infracción del artículo 146 del Código Civil, en relación con el artículo 39 CE, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta en la doctrina emanada desde su sentencia 55/2016, de 11 de febrero. Desde entonces, reiteradas sentencias, de fecha 14 de marzo de 2016, de 23 de octubre de 2015, de 21 de junio de 2017, determinan que el sistema de guarda y custodia compartida no exime de la pensión alimenticia a favor de los hijos menores en caso de desproporción de ingresos".

2. Remitidas las actuaciones a esta sala por la Audiencia Provincial a esta sala, las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó providencia de fecha 13 de diciembre de 2023, poniendo de manifiesto a las partes personadas las posibles causas de inadmisión. Las partes y el Ministerio Fiscal presentaron escritos de alegaciones.

3. En fecha 22 de mayo de 2024, se dictó auto de admisión, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el motivo primero del recurso de casación interpuesto por D. Germán contra la sentencia dictada con fecha de 2 de febrero de 2023 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24ª), en el rollo de apelación nº 1347/2021, dimanante del juicio de divorcio nº 644/2020 del Juzgado de Primera instancia nº 75 de Madrid.

"2.º) No admitir el motivo segundo del citado recurso de casación.

"3.º) Y entréguese copias de los escritos de interposición del recurso de casación formalizados, con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría".

3. Transcurrido el plazo concedido a la parte recurrida para que formalizara su oposición al presente recurso, sin haberlo hecho, quedó pendiente de vista o votación y fallo.

4. Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el 8 de octubre de 2024, fecha en que ha tenido lugar

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En un caso de divorcio contencioso, el recurrente impugna el sistema de atribución de la vivienda familiar adoptado por la sentencia recurrida, que acuerda la custodia compartida sobre el hijo menor de edad.

La sentencia recurrida establece un sistema de custodia compartida sobre el hijo común menor de edad y, sin petición ni acuerdo de las partes, ordena que el menor vivirá en la que fue vivienda familiar durante la convivencia del matrimonio y que los progenitores "vivirán allí en el período de alternancia" (sistema de "casa nido").

Recorre en casación el padre para que se le adjudique a él en exclusiva el uso de la vivienda, en atención a que es de su titularidad y además goza de una situación económica más precaria que la madre. Su recurso de casación va a ser estimado.

Son antecedentes necesarios los siguientes:



1. La sentencia de primera instancia, dictada el 10 de junio de 2021, acordó el divorcio de los litigantes, la atribución de la guarda y custodia del hijo común (nacido el NUM000 de 2011) a la madre, con un amplio régimen de visitas a favor del padre, la atribución del uso de la vivienda a la madre y al hijo y una pensión a cargo del padre de 150 euros mensuales.

2. Por sentencia de 2 de febrero de 2023, la Audiencia revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y acordó la custodia compartida del hijo común por periodos semanales y añadió que, salvo acuerdo de los progenitores, el menor "vivirá en el domicilio familiar y los padres vivirán en el periodo de alternancia".

3. El padre interpone recurso de casación fundado en dos motivos, de los que solo el primero ha sido admitido.

4. La representación legal de la madre, que no consta haya solicitado justicia gratuita, ha presentado un escrito por el que manifiesta que "no dispone de medios económicos para oponerse al primer motivo de casación que ha sido admitido y, por ello, no formalizará oposición".

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso, único que fue admitido, el recurrente denuncia la infracción del art. 96 CC, interesando que el uso de la vivienda, de la que es propietario, le sea atribuido a él en exclusiva, por percibir menos ingresos que la madre y por ser su situación laboral más precaria.

1. Partiendo de la atribución de la custodia compartida respecto de Adolfo, nacido el NUM000 de 2011, se impugna por el recurrente la atribución del uso de la vivienda familiar, y su recurso, de acuerdo con la doctrina de la sala, va a ser estimado.

En los casos en los que se ha planteado, la sala ha descartado que a falta de acuerdo entre los progenitores, y sin existir circunstancias que lo justifiquen, proceda adoptar el sistema de la "casa nido", esto es, que los progenitores se alternen en la vivienda familiar, para que el niño no salga de la misma.

Así, la sentencia 343/2018, de 7 de junio, confirmó la sentencia en la que, por razones semejantes, estableció que el sistema inicialmente puesto en marcha por los padres cuando se separaron de que los niños permanecieran en el que fue hogar familiar (que era común) y los padres entraran alternamente por semanas debía mantenerse solo hasta la liquidación de los gananciales, y no hasta que el hijo más pequeño alcanzase la mayoría de edad. Considera la sala que, en este caso, la Audiencia ha ponderado adecuadamente el interés de los menores así como las tensiones que podrían producirse en su perjuicio por una excesiva prolongación de la situación de uso alterno de la vivienda y la conveniencia, por ello, de facilitar el tránsito a dos viviendas.

La sentencia 215/2019, de 5 de abril, se tiene en cuenta que no existe acuerdo y que no es compatible con la capacidad económica de los progenitores, que se verían obligados a mantener tres viviendas (la de cada uno y la común), unido a la conflictividad que añadiría el buen mantenimiento de la vivienda común (art. 96 CC).

La sentencia 15/2020, de 16 de enero, en el caso que juzga, considera "que la rotación en la vivienda familiar no es un sistema que vele por el interés de los menores, ni es compatible con la capacidad económica de los progenitores".

De manera parecida se pronuncia la sentencia 438/2021, de 22 junio, en la que se dice que no "tiene sentido la petición concerniente al uso mensual alternativo, modelo de casa nido, que implicaría contar con tres viviendas, la propia de cada padre y la común preservada para el uso rotatorio prefijado, solución que resulta antieconómica y que requiere un intenso nivel de colaboración de los progenitores, por ello se descarta en los casos enjuiciados en las sentencias 343/2018, de 7 de junio; 215/2019, de 5 de abril; 15/2020, de 16 de enero y 396/2020, de 6 de julio".

Finalmente, la sentencia 870/2021, de 20 de diciembre, insiste en que la fijación de un sistema de "vivienda nido" requiere un intenso nivel de entendimiento y comunicación entre los progenitores para coordinar los requerimientos de intendencia y cuidado de la vivienda familiar, con la necesidad igualmente de las correlativas interferencias positivas, en su caso, con las respectivas parejas con las que los padres hayan podido reconstruir sus vidas, que deberán adoptarse también a este concreto modelo de convivencia.

2. La sentencia recurrida, tras revocar la custodia exclusiva de la madre y la asignación de la vivienda al hijo y a la madre fijadas por el juzgado, acuerda la custodia compartida y en relación con la vivienda familiar, sin ponderar las circunstancias del caso, declara que a falta de acuerdo entre las partes, el menor permanecerá en la casa con cada progenitor durante el tiempo que le corresponda la custodia, que se establece por semana con cada uno de ellos.

En el caso no existe acuerdo entre los progenitores para adoptar el sistema de casa nido (ni siquiera fue solicitado por ninguno de ellos) y, además, está constatada la mala relación entre los progenitores.

Por ello, de acuerdo con la doctrina de la sala y con el criterio del Ministerio fiscal, estimamos el primer motivo del recurso de casación y casamos parcialmente la sentencia, pues para acordar un sistema de casa-nido



es imprescindible constatar que concurre un alto nivel de entendimiento para planificar la organización, no debiendo acordarse, salvo circunstancias excepcionales, si alguno de los progenitores se opone, pues si no media tal entendimiento el sistema es una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores.

Al estimar el recurso de casación y casar la sentencia recurrida procede que asumamos la instancia y que nos pronunciemos sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, de acuerdo con los criterios de la sala.

3. En 1981, al introducir la regulación del divorcio, no se contempló expresamente la posibilidad de custodias distintas a la monoparental, y tanto la doctrina como la jurisprudencia advirtieron cómo, aunque no se excluía, la falta de mención expresa hacía muy difícil su adopción frente a la posibilidad sí aludida de custodia monoparental.

La introducción de una mención a la custodia compartida en el art. 92 del Código civil por Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, no fue acompañada ni de una definición ni de los criterios que deben tenerse en cuenta para su adopción: cuándo procede, como afecta a la vivienda, a las obligaciones de alimentos, a las estancias con cada progenitor. Tampoco se ha introducido en las sucesivas reformas de este precepto llevadas a cabo por la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, ni por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo.

De esta forma, y en ausencia de una regulación que establezca criterios, a diferencia de lo que sucede en algunas legislaciones civiles autonómicas, han sido los tribunales los que han ido precisando el régimen de la custodia compartida. Sobre la atribución de la vivienda en caso de custodia compartida, la sentencia 138/2023, de 31 de enero, resume la doctrina de la sala en los siguientes términos.

De acuerdo con la jurisprudencia, no procede la aplicación del criterio del art. 96 CC que se refiere a los supuestos de atribución exclusiva de la guardia y custodia de los hijos a uno de los progenitores, porque en el caso de custodia compartida los dos progenitores son custodios.

Descartada la aplicación del art. 96.I CC, la solución tampoco se encontraba en lo dispuesto en el art. 96.III CC, que contemplaba la situación de un matrimonio sin hijos, con lo que el precepto no ponderaba sus hipotéticos intereses.

A la hora de buscar una solución al problema, la sala ha venido entendiendo que la regulación más próxima se encontraba en el art. 96.II CC, que se refería a 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 en la del otro (en la actualidad, párrafo 4 del art. 96.1 CC, tras la reforma por la Ley 8/2021, de 2 de junio).

Realmente tampoco se trata del mismo caso, ya que acordada la custodia compartida no se distribuye la guarda de los menores de forma exclusiva entre los padres, sino de forma conjunta y de manera temporal, ni tampoco se separa a los hermanos. Ahora bien, sí se asimilan en la circunstancia de que ambos litigantes ostentan la condición de progenitores custodios (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, entre otras muchas). Es el supuesto que guarda mayor identidad de razón y, por lo tanto, el que proporciona una pauta valorativa cuando establece que el juez resolverá lo procedente, con lo que se está confiriendo al titular de la jurisdicción el mandato de apreciar las circunstancias concurrentes para adoptar la decisión que mejor se concilie con los intereses en juego.

La falta de concreción de criterio normativo ha llevado a la jurisprudencia a fijar los elementos que se deben valorar para evitar incurrir en un mero decisionismo voluntarista que pudiera convertirse en una vedada arbitrariedad. Con tal finalidad, en la ponderación de las circunstancias concurrentes, se debe 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).

4. Las concretas circunstancias concurrentes en este caso y que resultan relevantes para valorar qué decisión es la procedente son las siguientes: la vivienda es de exclusiva propiedad del padre, que tiene unos ingresos limitados (tal como se recoge en la sentencia de primera instancia, no modificada por la de apelación, el padre desempeñaba interinamente un trabajo en el Ayuntamiento de DIRECCION001 , cubriendo una baja, con unos ingresos mensuales de 1551 euros); la madre dispone de unos ingresos superiores, suficientes para acceder a una vivienda de alquiler (que desde 2002 trabajaba en Coag Iniciativa Rural con unos ingresos mensuales,



según las nóminas aportadas, de 2144 euros, y según declaración del IRPF de 2019, con un rendimiento previo de trabajo de 37998 euros); ninguno lo pidió y no existe acuerdo sobre la alternancia en el uso de la vivienda por los padres, aunque durante la tramitación del procedimiento hayan continuado habitando en la misma.

En atención a estas circunstancias, descartado el modelo de casa nido, en consideración a que la vivienda es privativa del recurrente y que su exmujer goza de mayores ingresos y está en situación de proporcionar al hijo común una vivienda durante el tiempo que le corresponda la custodia, se atribuye al recurrente el uso de la que fue vivienda familiar, de la que además es propietario. Ello con independencia de que su exmujer pueda reclamarle en el procedimiento correspondiente las cantidades que según dice le adeuda el exmarido por las mejoras efectuadas en el inmueble durante la vigencia del matrimonio.

TERCERO.- La estimación del recurso de casación conlleva que no se imponga a ninguna de las partes las costas de este recurso, de conformidad con lo establecido en el 398.2 LEC. Se mantiene la no imposición de costas de las instancias.

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 primer motivo del recurso de casación, único admitido, interpuesto por Germán contra la sentencia dictada con fecha de 2 de febrero de 2023 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1347/2021, dimanante del juicio de divorcio n.º 644/2020 del Juzgado de Primera instancia n.º 75 de Madrid.

2.º- Casar la citada sentencia en cuanto establece que los padres vivirán en la vivienda familiar en periodo de alternancia, y en su lugar acordamos atribuir el uso de la vivienda familiar a favor al recurrente, ratificando la resolución de la Audiencia Provincial en el resto de sus pronunciamientos.

3.º- Se acuerda, en su caso, la devolución del depósito constituido para recurrir.

4.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.