



Roj: **STS 1688/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1688**

Id Cendoj: **28079110012020100277**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/06/2020**

Nº de Recurso: **3855/2019**

Nº de Resolución: **295/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 295/2020

Fecha de sentencia: **12/06/2020**

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3855/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/04/2020

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

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 24.^a

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

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3855/2019

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 295/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a **12 de junio** de 2020.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por D. Baltasar representado por la procuradora D.^a Alicia Porta Campbell bajo la dirección letrada de D. Fernando Calvo Pastrana, contra la sentencia n.º 837 de fecha 24 de octubre de 2018 dictada por la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 1599/2017 dimanante del procedimiento de divorcio n.º 723/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid. Ha sido parte recurrida D.^a María Milagros, representada por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín y bajo la dirección letrada de D. Alfredo Gómez Mendizábal.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Baltasar, interpuso demanda de divorcio y solicitud de medidas provisionales contra D.^a María Milagros en la que solicitaba se dictara sentencia:

"acordando la disolución del matrimonio por divorcio de, D. Baltasar y D.^a María Milagros y aprobando las medidas que en el futuro regularán los efectos del divorcio que se indica a continuación. Todo ello con expresa imposición de costas al demandado si se opusiera de forma temeraria a esta pretensión:

"1.- LA PATRIA POTESTAD: se ejercerá por ambos progenitores en la forma que establece el art. 156 del Código Civil, quienes la ejercerán de modo conjunto en beneficio de los menores, obligándose los comparecientes a adoptar de común acuerdo cuantas decisiones de trascendencia afecten a los hijos, y de modo especial, aquellas relativas a su salud, educación y formación.

"2.- GUARDA Y CUSTODIA: Se atribuye la guarda y custodia de los hijos a D.^a María Milagros, ya que por la edad de los menores y el beneficio de estos se cree conveniente que la ejerza la madre como lo está haciendo desde la separación de hecho.

"3.- VISITAS: El régimen de visitas y estancias, así como de comunicaciones del otro progenitor será el que se establece a continuación:

"A.- El padre D. Baltasar podrá tener en su compañía a sus hijos menores los fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta las 21:30 del domingo. Igualmente podrá disfrutar de los menores dos días entre semana, los martes y jueves, desde la salida del colegio hasta las 21:30.

"Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, unida a este por un puente reconocido por la institución donde cursen sus estudios los hijos se considerará este período agregado al fin de semana, y en consecuencia procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el referido fin de semana.

"B.- Durante los períodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano.

"- En cuanto a las vacaciones escolares de verano, las mismas serán repartidas por mitad en quincenas, entre los cónyuges y únicamente en caso de desacuerdo en la elección del período vacacional, corresponderá a la madre elegir en los años impares el período que deba pasar con ella, y al padre en los años pares.

"- La vacaciones de Navidad se repartirán por mitad de la siguiente forma:

"Del 23 de diciembre al 29 de diciembre inclusive

"Del 30 de diciembre al 5 de enero inclusive.

"En caso de desacuerdo la madre elegirá los años impares y el padre los años pares.

"- Las vacaciones de Semana Santa las disfrutarán los menores íntegramente en compañía de sus padres eligiendo, en caso de desacuerdo, la madre durante los años impares y su padre los años pares.

"- Los puentes escolares que por su calendario no se añadan al fin de semana ordinario, los repartirán los progenitores al 50% y solo en caso de no llegar a un acuerdo sobre los mismos, elegirá la madre en los años impares y el padre en los pares.

"4.- VIVIENDA FAMILIAR: El uso de la vivienda familiar junto con los muebles y objetos del ajuar que se encuentran en ella, corresponderá a D.^a María Milagros.

"5.- PENSIÓN ALIMENTICIA:

"D. Baltasar , sufragará en concepto de pensión alimenticia para los hijos del matrimonio, la cantidad de 190 euros mensuales, que se ingresarán en la cuenta que designe D.ª María Milagros "El importe de dicha cantidad se actualizará anualmente, de acuerdo con las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo, que al efecto publique el Instituto Nacional de Estadística u Organismo Oficial que en su caso le sustituya.

"6.- GASTOS EXTRAORDINARIOS: Todos aquellos gastos extraordinarios serán abonados por la mitad por ambos cónyuges. Tendrán la consideración de extraordinarios de los hijos como por los actos médicos no cubiertos por la Seguridad Social, o por entidad Médica, así como los cursos, actividades extraescolares, excursiones, gafas, lentillas, ortodoncia etc..., que precisen los menores serán satisfechos por mitad entre los progenitores previa aprobación de concepto y presupuesto por ambos.

"7.- PENSIÓN COMPENSATORIA: No procede establecer pensión compensatoria a favor de ninguno de los cónyuges, por no estar comprendidos en los supuestos regulados en el artículo 97 del Código Civil, ya que ambos trabajan y tienen ingresos suficientes, no ocasionando el divorcio que se instará desequilibrio respecto a la posición que ocupaban durante el matrimonio, no procede la fijación de pensión compensatoria favor de ninguno de los comparecientes.

"8.- EN CUANTO A LA CONTRIBUCIÓN DEL LEVANTAMIENTO DE LAS CARGAS FAMILIARES.

"La vivienda conyugal es propiedad ganancial, y en la actualidad se encuentra gravada con una hipoteca, la cual se abonará al 50% por los comparecientes.

"Todos los gastos correspondientes al uso de la vivienda serán a cuenta de la esposa, como luz, gas, y tasa de basura, comunidad de propietarios, seguro de hogar de la casa y los gastos relacionados con la propiedad, como derramas por obra en la vivienda o en la finca, e IBI serán abonados al 50%.

"En relación a los enseres y ajuar personal del esposo lo podrá retirar de la vivienda conyugal".

2.- La demanda fue presentada el 8 de septiembre de 2015 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid se registró con el n.º 723/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- D.ª María Milagros , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dictara en su día sentencia en virtud de la cual se acuerde el divorcio de los esposos y los siguientes efectos complementarios:

"1.- Que la guarda y custodia de los hijos sea atribuida a D.ª María Milagros , de conformidad con lo solicitado por la actora en el escrito de demanda.

"2.- Que se atribuya a D.ª María Milagros y a los hijos menores que quedan en su compañía, el uso de la vivienda y ajuar familiar tal y como se recoge en el escrito de demanda.

"3.- Que se otorgue a D. Baltasar un derecho de visitas y comunicaciones con los hijos menores consistente en:

"-Fines de semana alternos desde la salida del colegio hasta las 19:00 horas del domingo.

"-Igualmente podrá disfrutarlas tardes de los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 19:30 horas.

"-La festividad anterior o posterior a fin de semana, se añadirá a este.

"- Los festivos entre semana se compartirán al 50% entre ambos progenitores, en caso de desacuerdo, elegirá la madre los años impares.

"- Los puentes escolares se repartirán al 50%, en caso de desacuerdo la madre elegirá en años impares.

"- Periodos vacacionales de Navidad, Semana Santa y verano.

"- Verano: repartidas por quincenas, en caso de desacuerdo elegirá la madre los años impares.

"- Navidad: Conforme con los periodos, la entrega se hará a las 21:00 horas, siendo periodo vacacional: desde el día 23 y 29 de diciembre inclusive, y del día 30 de diciembre a 5 de enero inclusive, en caso de desacuerdo, elegirá la madre los años impares.

"- Semana Santa: se dividirán en periodos que corresponderán a la mitad de las vacaciones escolares, en caso de desacuerdo la madre optará por el periodo que coincida con la festividad en calendario autonómico-nacional los años impares.

"- Horario de intercambio de los menores: siendo lectivo el día siguiente, se retornará a las 19:00 horas.

"- En periodos vacacionales en los que no haya colegio el día siguiente se retornarán a las 21:00 horas.



"- Se solicita asimismo que fechas señaladas como día de Reyes, cumpleaños de los hijos, de los padres, día del padre día de la madre, se establezca un régimen de visitas desde las 17:00 a las 19:00 horas al progenitor con quien no estuvieren.

"4.- Respecto de la pensión alimenticia para los hijos, solicitamos del Juzgado que se establezca la obligación por parte de D. Baltasar de abonar la cantidad de seiscientos cincuenta euros mensuales por cada hijo (650 euros), para que pueda mantener un nivel social acorde al que venían manteniendo no viéndose perjudicados por la ruptura de los progenitores y no se vean menoscabados en cuanto a tenencia y disfrute de enseres personales, salidas de fin de semana, viajes de esquí, comidas fuera de casa tal y como se mantenían a la vigencia del matrimonio y que han sido sufragadas mayormente por el demandante.

"Dicha cantidad deberá abonarse las **12** mensualidades del año, durante los cinco primeros días de cada mes, y actualizarse con efectos de 1 de enero de cada año, de conformidad con el incremento experimentado por el Índice de Precios al Consumo u organismo que le sustituya.

"Dado que desde el abandono de hogar, D. Baltasar ha pagado las siguientes cantidades: **junio** y julio 600 euros cada mes, y agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre su contribución por los hijos y cargas del hogar ha sido de 700 euros cada mes, procede serle reclamado con efecto retroactivo las cantidades finalmente fijadas y no cubiertas, descontando y compensando las cantidades entregadas.

"Igualmente se deberá establecer la obligación de ambos progenitores de sufragar al 50% los gastos extraordinarios, tales como clases, libros, viajes al extranjero, actividades extraescolares y aquellos gastos sanitarios que no estén cubiertos por la póliza contratada o asistencia sanitaria pública y otros análogos de carácter necesario que surgieran durante la vida de los hijos mientras sean económicamente dependientes de sus progenitores.

"5.- Que en virtud de los datos aportados se determine la contribución de D. Baltasar al levantamiento de las cargas de la vivienda familiar gravada con hipoteca actual y demás gastos que no sean de uso, recordándole la obligación de satisfacer gastos que relacionados con la propiedad: IBI, seguro, comunidad, derramas, o habiéndolo hecho a esta fecha.

"6.- Se tenga por reproducida por la capacidad económica del demandante en virtud de la prueba anticipada solicitada en las medidas coetáneas por no haber aportado información económica alguna en su escrito de demanda, y que se haga una valoración de su capacidad-autónomo de la mercantil Rehabilitaciones Delgado S.L., y todo ello en aras a considerar el perjuicio económico que se produce con la ruptura.

"7.- No ha lugar a establecer pensión compensatoria a favor de la actora por tener ingresos "actualmente" y recursos con los que hacer frente a sus propias necesidades a la fecha de la demanda, sin perjuicio de circunstancias que pueda sobrevenir tal y como se acredita con el documento 2 (Rebus sic stantibus)".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid dictó sentencia de fecha 10 de julio de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimar en parte la demanda y declarar disuelto por divorcio el matrimonio celebrado el 15 de octubre de 2004 entre D. Baltasar y D^a María Milagros, con los efectos inherentes a dicha declaración.

"Confirmar con el carácter de definitivas las medidas definitivas provisionales acordadas en el auto de 8 de marzo de 2016, salvo la fijada en el párrafo segundo del punto 3.- que queda redactada en los siguientes términos:

"A falta de acuerdo, la custodia compartida de los hijos se desarrollará por periodos semanales de lunes a lunes, debiendo llevar el progenitor al que le haya correspondido la estancia semanal a los menores al colegio el lunes por la mañana, comenzando en ese momento la estancia semanal con el otro progenitor.

" Si esta alternancia se produjera en periodos no lectivos, la estancia comenzará a las 10 horas del lunes, debiendo llevar el progenitor al que le haya correspondido la estancia semanal a los menores al domicilio del otro progenitor".

"Cada parte deberá abonar las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad".

5.- D. Baltasar solicitó aclaración de sentencia que fue denegada mediante auto de fecha 27 de septiembre de 2017.

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

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



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 1599/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 24 de octubre de 2018, cuya parte dispositiva dispone:

"FALLAMOS: DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Baltasar representado por la procuradora D.ª Alicia Porta Campbell frente a la sentencia de fecha 10 de julio de 2017, dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid seguidos (sic) contra D.ª María Milagros representada por el procurador D. Ernesto García-Lozano Martín en autos de divorcio n.º 723/2015; debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución remitiéndose a los fundamentos antes expuestos y sin hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las causadas en la segunda instancia".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D. Baltasar interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.4.º por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 de la Constitución Española, por error patente y arbitrariedad en la sentencia recurrida causante de indefensión.

"Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 469.1.2.º LEC por vulneración de los arts. 209, 218, 751 y 752 LEC, al no indicarse en la sentencia período de duración del uso del inmueble de la C/ DIRECCION000 NUM000 de Madrid, atribuido a la madre, existiendo un régimen de guarda y custodia compartida.

El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

"Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.ª LEC, al haberse tramitado el proceso por razón de la materia (juicio verbal sobre divorcio contencioso), presentando la resolución del recurso interés casacional, por vulneración del art. 96 párrafo segundo del C. Civil, en relación con los arts. 33 CE y 348 del C. Civil y quebrantamiento de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre los mismos, en lo relativo a la atribución del uso de la que venía siendo vivienda familiar a uno u otro cónyuge, en los supuestos de guarda y custodia compartida de los hijos menores".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de noviembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación (sic) interpuesto por D. Baltasar contra la sentencia dictada con fecha 24 de octubre de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1599/2017, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 723/2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 23 de Madrid".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de abril de 2020, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes*

El litigio causante del presente recurso de casación versa sobre la atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia compartida

En lo que interesa para la resolución del recurso, los hechos más relevantes para entender las cuestiones sometidas a esta sala, tal como han sido fijados en la instancia, son los siguientes:

1.- D.ª María Milagros y D. Baltasar contrajeron matrimonio el NUM001 de 2004 y tuvieron dos hijos, nacidos el NUM002 de 2005 y el NUM003 de 2006.



La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid de 10 de julio de 2017 decretó la disolución por divorcio del matrimonio. En el fallo se declaraba "confirmar con el carácter de definitivas las medidas acordadas en el auto de 8 de marzo de 2016, salvo la fijada en el párrafo segundo del punto 3", que se modificaba en el sentido de fijar que la configuración de las estancias semanales con cada uno de los progenitores en el sistema de custodia compartida de los hijos menores sería de lunes a lunes.

El fundamento de derecho segundo de la sentencia transcribía el mencionado auto de medidas provisionales que, en el primer párrafo del punto 5 declaraba "atribuir a la madre el uso de la vivienda familiar sita en la DIRECCION000 n.º NUM000 de Madrid y su ajuar doméstico".

Como justificación de su decisión, en el fundamento de derecho tercero la sentencia del juzgado razonaba que el sistema de guarda compartida acordado en las medidas provisionales debía mantenerse en atención a la recomendación contenida en el informe psicosocial emitido por el equipo técnico adscrito al juzgado, si bien con la modificación aconsejada por el mismo informe y referida a la configuración de las estancias semanales, en el sentido de fijar periodos iguales de lunes a lunes en lugar del sistema adoptado en las medidas previas (de miércoles por la tarde a domingos con la madre y de domingo por la tarde a miércoles con el padre). También se decía que a esta decisión, adoptada en interés de los menores, no se habían opuesto las partes.

2.- D. Baltasar interpuso recurso de apelación alegando que entre las medidas incluidas en el auto de medidas provisionales y que el juzgado aprobó como definitivas se incluía la referida a la adjudicación del uso de la vivienda familiar a la madre, a pesar de que sobre ese extremo no hubo acuerdo y la solución adoptada era contraria a la jurisprudencia que en caso de custodia compartida fija un límite temporal en la atribución del uso. Razonó que en el caso el matrimonio se celebró bajo el régimen de separación de bienes, que ambos tenían un trabajo remunerado y la vivienda les pertenecía en régimen de proindiviso al 50%, por lo que o bien se establecía un uso alternativo por periodos de seis meses o, si se establecía un derecho de uso, debía fijarse hasta la extinción del proindiviso, ya sea por venta, división o cualquier otra causa.

La Audiencia desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del juzgado. Basó su decisión en que ambas partes habían manifestado en el acto de la vista su conformidad con el auto de medidas y con la modificación referida a los plazos de estancia, por lo que el recurrente no podía cuestionar una decisión adoptada con su consentimiento. Añadió que esta atribución del domicilio cesaría, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el momento en que los hijos alcanzaran la mayoría de edad.

3.- D. Baltasar interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia.

4.- El Ministerio Fiscal, en su informe, interesa la estimación de ambos recursos.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal

1.- *Formulación del recurso.* El recurso se basa en dos motivos.

En el primero, al amparo del art. 469.1.4.º LEC se denuncia vulneración del art. 24 CE por error patente y arbitrariedad que da lugar a indefensión. En su desarrollo la parte recurrente alega que, tal y como resulta del vídeo grabado de la vista celebrada el 7 de julio de 2017, el esposo no dio su conformidad a la atribución sin límite temporal del uso de la vivienda a la madre, sino que su representación legal defendió que los menores permanecieran en la vivienda y los progenitores se trasladaran a la misma durante el tiempo que les correspondiera la guarda y, subsidiariamente, que se fijara una fecha de salida en el uso de la vivienda por la madre, en atención a su adjudicación a uno de los progenitores o venta a terceros. Alegó que a lo único que dio su consentimiento cuando se le preguntó por la juez fue a la ratificación del auto con el cambio de lunes a lunes en los periodos de custodia compartida, lo que no comportaba en modo alguno un consentimiento a la atribución del uso sin limitación temporal de la vivienda a la madre.

En el segundo, al amparo del 469.1.2.º LEC, denuncia vulneración de los arts. 209, 218, 751 y 752 LEC que se habría producido, según se dice en el recurso, por haber omitido la sentencia la fijación de un límite temporal en el uso de la vivienda familiar atribuido a la madre a pesar de haber adoptado un sistema de custodia compartida.

2.- *Decisión de la sala. Estimación del primer motivo del recurso.*

Por lo que vamos a decir a continuación procede estimar el primer motivo.

En nuestro sistema procesal no cabe una tercera instancia. Para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. En relación con lo cual, el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado la doctrina del error patente en la valoración de la prueba, destacando su directa relación con los aspectos fácticos del supuesto litigioso. Así, por ejemplo,



en las sentencias 55/2001, de 26 de febrero, 29/2005, de 14 de febrero, 211/2009, de 26 de noviembre, 25/2012, de 27 de febrero, 167/2014, de 22 de octubre, y 152/2015, de 6 de julio, destacó que "concorre error patente en aquellos supuestos en que las resoluciones judiciales parten de un presupuesto fáctico que se manifiesta erróneo a la luz de un medio de prueba incorporado válidamente a las actuaciones cuyo contenido no hubiera sido tomado en consideración". Asimismo, en la mencionada sentencia 55/2001, de 26 de febrero, el TC identificó los requisitos de necesaria concurrencia para que quepa hablar de una vulneración de la tutela judicial efectiva por la causa que examinamos y se refirió, en particular, a que el error debe ser patente, es decir, "inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia".

A su vez, en las sentencias de esta sala 418/2012, de 28 de junio, 262/2013, de 30 de abril, 44/2015, de 17 de febrero, 235/2016, de 8 de abril, 303/2016, de 9 de mayo, y 714/2016, de 29 de noviembre (entre otras muchas), tras reiterar la excepcionalidad de un control por medio del recurso extraordinario por infracción procesal de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia, recuerdan que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

En este caso, la sentencia recurrida incurre en un error notorio cuando basa su decisión desestimatoria del recurso de apelación en el consentimiento del recurrente y afirma que en el acto de la vista manifestó su conformidad con la atribución del uso de la vivienda sin límite temporal a la esposa. El visionado del vídeo muestra que su abogada lo que solicitó fue o bien la atribución del uso a ambos progenitores o bien, subsidiariamente, el señalamiento de un plazo al uso que ostentaba la madre (sobre cuya concreción se produjeron intervenciones de los letrados de ambas partes). Tras diversas manifestaciones de los letrados acerca del sistema mejor de guarda, de cómo afecta a los menores el tener que salir de la casa en la que están con la madre para ir con el padre cuando le corresponde la guarda, el juez se refiere a la modificación de los períodos de estancia con cada progenitor y pregunta a las partes si hay ratificación del auto con las modificaciones de lunes a lunes. En este contexto, resulta un error patente concluir que el marido dio su consentimiento a que se adjudicara a la madre el uso de la vivienda sin límite temporal. Para desvirtuar la falta de consentimiento del esposo en cuya existencia basa la sentencia recurrida su decisión, no puede prevalecer, como pretende la recurrida en su escrito de oposición, lo que sucediera en el momento en que se produjo la separación de hecho entre las partes, el que ella quedara en el domicilio familiar con los niños y él alquilara una vivienda, cómo se adoptó el sistema de custodia compartida frente a una situación inicial diferente y la razón por la que se adoptaron en ese primer momento las medidas provisionales, pues eso no cambia la realidad de que el esposo no ha dado su conformidad a la atribución a la esposa de un uso de la vivienda sin límite temporal una vez que se adopta la custodia compartida.

Procede en consecuencia, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, estimar el primer motivo del recurso por infracción procesal. Una vez estimado el primer motivo no resulta preciso analizar el segundo motivo de este recurso. En efecto, la estimación del primer motivo permite entrar en el fondo del asunto y resolver sobre la cuestión planteada teniendo en cuenta los términos en que aparece formulado el recurso de casación (disposición adicional 16ª.1, regla 7.ª, LEC), que está íntimamente relacionada con la denuncia que se hacía en el segundo motivo del recurso por infracción procesal acerca de la necesidad de establecer un límite temporal al uso de la vivienda atribuido a la madre.

TERCERO.- Recurso de casación

1.- Planteamiento del recurso. El recurso se basa en un motivo en el que se denuncia infracción de los arts. 96.II CC, 33 CE y 348 CC.

En su desarrollo explica que la decisión de la sentencia recurrida al no establecer un límite temporal al uso de la vivienda familiar a la esposa es contraria a la doctrina de esta sala. Cita las sentencias 630/2018, de 13 de noviembre, 95/2018, de 20 de febrero, 517/2017, de 22 de septiembre, 183/2017, de 14 de marzo, y 465/2015, de 9 de septiembre.

Por las razones que exponemos a continuación, el motivo va a ser estimado.

2.- Decisión de la sala. Estimación del recurso.

2.1. Debemos dar respuesta en primer lugar, para rechazarlo, al óbice de inadmisibilidad planteado por la recurrida, que niega la existencia de interés casacional. Alega que la sentencia, al reconocer en sus fundamentos de derecho que se podría poner fin al uso atribuido a la esposa en el momento de alcanzar



los hijos la mayoría de edad no atribuye un uso indefinido, a diferencia de lo que, según dice, sucede en las sentencias citadas por la parte recurrente.

Según la doctrina de esta sala que distingue entre causas absolutas y relativas de inadmisibilidad, fijada en auto de pleno de 6 de noviembre de 2013 (recurso n.º 485/2012) y asumida en sentencias posteriores (entre las más recientes, sentencias 161/2020, de 10 de marzo, 134/2019, de 6 de marzo, y 214/2019, de 5 de abril), para superar el test de admisibilidad puede ser suficiente la correcta identificación del problema jurídico planteado y una exposición adecuada que ponga de manifiesto la consistencia de las razones de fondo del recurso. En este caso, el planteamiento del recurso no suscita duda alguna sobre su interés casacional, que es notorio por la existencia de otros recursos similares admitidos que guardan con el presente una semejanza sustancial en cuanto a las cuestiones controvertidas, se cita como infringida la norma pertinente (art. 96 CC en relación con las normas que reconocen el derecho de propiedad), el problema jurídico está suficientemente identificado (controversia en cuanto a la atribución del uso en caso de custodia compartida) y la recurrida ha podido oponerse al recurso con pleno y cabal conocimiento sobre tal cuestión.

Procede, por tanto, entrar en la cuestión jurídica planteada.

2.2. Debemos partir de la doctrina de la sala sobre atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida. Como recuerda, resumiendo la doctrina de la sala, la sentencia 95/2018, de 20 de febrero:

"1.ª) El art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio) declara que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

"El mismo artículo establece a continuación que, a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta, entre otros criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, la satisfacción de las necesidades básicas del menor, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas [art. 2.2.a)].

"Añade, finalmente el art. 2.4 que: "En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados".

"2.ª) El art. 96 CC establece los criterios que debe tener en cuenta el juez para atribuir el uso de la vivienda y ajuar familiar en caso de que no exista acuerdo de los progenitores o que el acuerdo no supere el control de lesividad a que se refiere el art. 90.2 CC.

"Pero el art. 96 no contempla el caso de que se haya acordado la custodia compartida. En ausencia de una previsión legal, esta sala ha declarado que no procede la aplicación del primer párrafo del art. 96 CC, dado que los hijos no quedan en compañía exclusiva de uno de los progenitores y ha venido entendiendo que debe aplicarse por analogía el párrafo segundo del art. 96 CC del que resulta que, en defecto de acuerdo de los cónyuges, "el Juez resolverá lo procedente".

"De acuerdo con la doctrina de esta sala, en casos de custodia compartida, es posible la atribución del uso de la vivienda a aquél de los progenitores que por razones objetivas tenga más dificultad de acceso a una vivienda (no ser titular o disponer del uso de ninguna otra, menores ingresos) para que de esta forma pueda llevarse a cabo la convivencia durante los períodos en los que le corresponda tener a los hijos en su compañía.

"Pero cuando se valora que no existe riesgo de poner en peligro el régimen de custodia compartida, pues el progenitor está en condiciones, por su situación económica, de proporcionar una vivienda adecuada a sus necesidades, el criterio de la sala es el de que no procede hacer la atribución indefinida de uso de la que fue la vivienda familiar y deben armonizarse los intereses contrapuestos, el del titular (o cotitular) de la vivienda y el de los hijos a relacionarse con el otro en una vivienda".

2.3. Esta sala considera que la sentencia recurrida, al atribuir a la madre el uso de la que fue vivienda familiar durante la convivencia del matrimonio sin fijar un límite temporal, no se ajusta a la interpretación y aplicación que, en atención a las circunstancias, debe realizarse del art. 96 CC a la luz de lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor.

Debe tenerse en cuenta que remitir a la mayoría de edad del hijo el derecho de uso de la madre equivale a una atribución indefinida, pues cuando el hijo alcance la mayoría de edad ya no existirá custodia compartida y el hijo podrá permanecer con aquel de los progenitores que desee, tal y como para un caso semejante declararon las sentencias 434/2016, de 27 de **junio**, y 95/2018, de 20 de febrero.



La decisión de la sentencia recurrida se basó en la existencia de conformidad del padre con la medida lo que, como hemos dicho al resolver el recurso por infracción procesal, no se ajusta a la realidad, y de ahí el recurso de casación interpuesto por el padre.

A falta de acuerdo, y en atención a las circunstancias, puesto que no se pone en peligro el sistema de custodia compartida adoptado en interés de los menores, no puede mantenerse la atribución del uso a la madre durante el plazo que resultaría de integrar el fallo de la sentencia con su fundamentación, es decir, cuando alcanzara la mayoría de edad el menor de los hijos (teniendo en cuenta que nació el NUM003 de 2006, por lo que alcanzaría la mayoría el 31 de octubre de 2024).

Consta en las actuaciones que los progenitores, que estaban casados en régimen de separación de bienes y son copropietarios de la vivienda, han asumido desde la separación los gastos de los hijos a partes iguales. Consta también que la madre ha venido disfrutando del uso de la vivienda desde el verano de 2015, cuando se produjo la separación. En consecuencia, resulta razonable concluir que, aunque se partiera de una situación de mayor necesidad que justificara asignarle el uso de manera temporal, no existe una causa que justifique la imposición de una mayor restricción a los derechos dominicales del padre.

Por el contrario, en palabras de la jurisprudencia de esta misma sala, lo que procedía era acordar una atribución temporal, dirigida a facilitar la transición a la situación de custodia compartida, como solicita el recurrente, y que esta sala, asumiendo la instancia, fija en el plazo de un año desde la fecha de esta sentencia, transcurrido el cual la esposa deberá abandonar la vivienda.

De este modo, sumando al tiempo transcurrido el que se concede en esta sentencia, la madre habrá contado con un período para organizarse y procurarse una vivienda propia en la que residir con los menores cuando semanalmente le corresponda su guarda y, si hasta ahora no lo ha hecho, la liquidación de la que fue vivienda familiar y sus ingresos le permitirán hacerlo.

Debemos señalar, por lo demás, que tal solución resulta preferible a la primera propuesta por el recurrente de establecer un uso alternativo de la vivienda, tanto por la conflictividad que añadiría el mantenimiento de una residencia común alternada como la exigencia que impondría económicamente tal medida de contar con tres viviendas (la común y la de cada uno de los padres).

Por lo que se refiere a las alegaciones de la madre en su escrito de oposición al recurso en el sentido de que sus ingresos son inferiores a los del padre, cumple añadir que la custodia compartida no excluye la fijación de alimentos cuando existe gran disparidad en la situación económica de ambos progenitores (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). En consecuencia, siempre queda abierta la posibilidad de una modificación de medidas si fuera precisa para ajustar la satisfacción de las necesidades de los menores a la capacidad económica de cada progenitor en la situación que derivará tras la extinción del uso de la vivienda.

CUARTO.- Costas

La estimación de ambos recursos determina que no se haga imposición de las costas devengadas.

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 extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Baltasar contra la sentencia dictada con fecha de 24 de octubre de 2018 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 24.ª), en el rollo de apelación n.º 1599/2017, dimanante del procedimiento de divorcio n.º 723/2015 del Juzgado de Primera instancia n.º 23 de Madrid.

2.º- Anular la sentencia recurrida y en su lugar estimar el recurso de apelación interpuesto en su día por D. Baltasar en el sentido de declarar que el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a D.ª María Milagros se extinguirá en el plazo de un año desde la fecha de esta sentencia, momento en el que deberá abandonar la vivienda.

3.º- No imponer las costas devengadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su interposición si los hubiera.

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

Así se acuerda y firma.