



Roj: **STS 32/2022 - ECLI:ES:TS:2022:32**

Id Cendoj: **28079110012022100014**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/01/2022**

Nº de Recurso: **5544/2020**

Nº de Resolución: **2/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 4198/2020,**
STS 32/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 2/2022

Fecha de sentencia: 03/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 5544/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/12/2021

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9.ª

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 5544/2020

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 2/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez



En Madrid, a 3 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2020, dictada en recurso de apelación 25/2020, de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante de autos de juicio ordinario sobre modificación de medidas de divorcio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de DIRECCION000 ; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Leonor , representada en las instancias por la procuradora Dña. María Virtudes Valero Mora, bajo la dirección letrada de Dña. Isabel María Antón Valero, compareciendo la misma procuradora ante este tribunal, en su nombre y representación, en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Ángel , representado por la procuradora Dña. Pilar Almansa Rodríguez, bajo la dirección letrada de Dña. Amparo Amorós Vicente, y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Ángel , representado por la procuradora Dña. Pilar Almansa Rodríguez y dirigido por el letrado D. José Luis Albert Meseguer, interpuso demanda de juicio ordinario de modificación de medidas de divorcio de mutuo acuerdo contra Dña. Leonor y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

"Por la que previo informe del Ministerio Fiscal, se tenga a bien acordar por el juzgador las siguientes medidas definitivas:

"1.- La patria potestad de los hijos, implicando la participación de ambos progenitores en cuantas decisiones relevantes afecten a sus hijos, especialmente, en el ámbito educativo, sanitario, religioso y social.

"Por ello, ambos deberán intervenir necesariamente en la elección o cambio de centro o modelo educativo o actividades extraescolares a realizar; en la autorización de cualquier intervención quirúrgica, tratamiento médico no banal o tratamiento psicológico, tanto si entraña algún gasto como si está cubierto por el sistema público de sanidad o por algún seguro privado, siempre que no sea suficiente el mero consentimiento del menor; en la decisión sobre la realización o no de un acto religioso o social relevante, así como en el modo de llevarlo a cabo, sin que al respecto tenga prioridad el progenitor con quién se encontrarán los menores en el momento de ser realizado; en el cambio de domicilio, siempre que el mismo sea relevante, en el sentido de dificultar o impedir el cumplimiento del régimen de visitas vigente; y en la autorización para la salida del territorio nacional. En defecto de acuerdo, deberá someterse la decisión a la autoridad judicial correspondiente.

"No obstante, el progenitor que se encuentre en compañía de sus hijos podrá adoptar decisiones respecto a los mismos, sin previa consulta al otro progenitor, en los casos en que exista una situación de urgencia o se trate de cuestiones poco trascendentes o rutinarias, que en el normal transcurrir de la vida con un menor pueden producirse.

"Ambos progenitores tienen el deber de informarse, mutuamente, de todas las cuestiones relevantes que afecten a sus hijos, siempre que el conocimiento de aquéllas no lo pueda obtener por si mismo el progenitor que no esté en compañía de los menores en el momento en que las mismas se produzcan (por ejemplo, enfermedad), lo que no sucede en el caso de cuestiones escolares, extraescolares o médicas ordinarias, entre otras, en las que los profesionales que se ocupan de los menores tienen la obligación de suministrar, tanto al padre como a la madre, cualquier información que les soliciten sobre sus hijos, por ser ambos titulares de la patria potestad.

"Para el adecuado ejercicio de los derechos y obligaciones derivados del ejercicio conjunto de la patria potestad, los menores deberán ser entregados por un progenitor al otro acompañados de su documentación personal (DNI o pasaporte, en el caso de salida al extranjero) y sanitaria (tarjeta sanitaria), así como de la medicación que tuviese que serle suministrada e instrucciones necesarias para ello.

"2.- La guarda y **custodia** será **compartida**, ejerciéndose conjuntamente por ambos progenitores de manera semanal, y ello por considerar esta solución las más óptima para el buen desarrollo, educación y equilibrio emocional de los hijos.

"El cambio de **custodia** se realizará los lunes a la salida del centro escolar o, en su defecto si no hay clase, a las 14:00 horas, correspondiendo al progenitor entrante la recogida del menor en el domicilio saliente.

"3.- Visitas intersemanales.

"Se establece que tanto el padre como la madre podrán disfrutar de la compañía de sus hijos la semana que no se encuentre bajo su **custodia**, la tarde del miércoles, desde la salida del colegio y hasta la entrega la mañana

del jueves en dicho centro o, en su defecto y si no hubiera clases lectivas, a las 14:00 horas en el domicilio del custodio semanal.

"4.- Periodos vacacionales:

"A. Periodos vacacionales de Navidad y Semana Santa: El periodo vacacional a distribuir entre ambos progenitores se inicia a las 20:00 horas del último día lectivo y finaliza a las 20:00 horas del día anterior al primer día lectivo. La segunda mitad se iniciará a las 20:00 horas de aquel día que posibilite que el número de que disfruta cada progenitor sea el mismo. Si no fuese posible porque el número de días no lectivos fuese impar, la primera mitad tendrá una pernocta más.

"B. Respecto a las vacaciones de verano.-

"El periodo vacacional de verano se divide en dos periodos que disfrutarán uno u otro periodo que vendrán comprendidos:

"A. -Desde las 10:00 horas del día 1 de julio hasta las 10:00 horas 15 de julio.

"-Desde las 10:00 horas del 1 de agosto hasta las 10:00 horas 15 de agosto.

"B. Desde las 10:00 horas del 15 de julio a las 10:00 horas del 1 de agosto.

"-Desde las 10:00 horas del 15 de agosto a las 10:00 horas hasta las 10:00 horas del día 1 de septiembre.

"El comienzo de la **custodia** empezará el día 1 de septiembre a las 10:00, comenzando el progenitor que no hubiera disfrutado el último periodo de **custodia** la última semana de junio.

"C. Elección de periodos. En caso de desacuerdo para determinar la mitad que disfruta cada progenitor, el padre disfrutará de la primera los años pares y de la segunda los años impares, mientras que la madre disfrutará de la segunda los años pares y de la primera los años impares.

"5.- Horario de los días especiales: El Día del Padre, el Día de la Madre, el día del cumpleaños y la onomástica de cada progenitor, le corresponderá al progenitor de que se trate, en horario de 11:00 (o desde la salida del colegio -17:00 horas-, si es día lectivo) a 21:00 horas.

"El día del cumpleaños del menor estará alternativamente cada año con uno de los progenitores, en horario de 11:00 (o desde la salida del colegio -17:00 horas-, si es día lectivo) a 21:00 horas.

"Los puentes o festividades intersemanales le corresponderán al progenitor que esté disfrutando de la **custodia** de los menores en ese periodo.

"6.- El progenitor que se encuentre con los hijos permitirá y facilitará en todo momento la comunicación con el otro, siempre que ésta no se produzca de forma caprichosa, injustificada o fuera de las horas normales para ello.

"7.- En caso de enfermedad de los menores, cualquiera de los progenitores deberá comunicárselo al otro, en todo caso, deberá considerar la opinión del otro en lo relativo a médicos, tratamientos, hospitales, etc.

"8.- Ambas partes asumirán los gastos derivados de la **custodia** de los hijos en los periodos de su **custodia**.

"Ambos progenitores deberán satisfacer la mitad de los gastos extraordinarios del hijo en un 50%, siendo presupuesto previo para su reclamación por el progenitor que haya satisfecho el gasto en su integridad, que, previamente a su realización, salvo supuestos de urgencia, haya recabado el consentimiento del otro progenitor, en cualquier forma que permita acreditarlo documentalmente, con información al mismo del coste que implica. La falta de oposición expresa, en el plazo de cinco días, será equivalente a un consentimiento tácito.

"9.- El uso del domicilio familiar sito en la CALLE000 n.º NUM000 de DIRECCION000, queda limitado hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o su venta, que se establece de manera inmediata.

"Las partes se comunicarán cualquier cambio de domicilio y estableciendo la obligatoriedad de que dichos cambios no afectarán a la **custodia** ni a las relaciones de ambos con los hijos.

"10.- Costas si hubiera mala fe."

2.- Admitida a trámite la demanda, la demandada Dña. Leonor, representada por la procuradora Dña. María Virtudes Valero Mora y bajo la dirección letrada de Dña. Isabel María Antón Valero, contestó a la misma y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

"Que acuerde:



"a) La desestimación íntegra de la demanda de modificación de medidas interesada por el actor, manteniéndose la guarda y **custodia** individual a favor de la madre, firmada de mutuo, acuerdo entre las partes en el convenio regulador de fecha 23 de enero de 2015.

"b) Con carácter subsidiario y para el supuesto que se modifique el régimen de guarda y **custodia**, y se adopte el de **custodia compartida**, se mantenga la contribución del padre a los gastos de los hijos en la cantidad de 255.-€ para ambos niños, así como el uso y disfrute de la vivienda a favor de la madre, al menos hasta que esta mejore su situación laboral y perciba mayores ingresos que los que tiene en la actualidad.

"c) Se condene en costas al actor".

3.- Dado traslado al Ministerio Fiscal, compareció en los autos, contestando a la demanda con los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, interesando al juzgado:

"Que tenga por personado al Ministerio Fiscal y por contestada la demanda, y en su día, dicte sentencia con arreglo al resultado que ofrezcan las pruebas practicadas".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de DIRECCION000 se dictó sentencia, con fecha 19 de noviembre de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo.

"Que estimando parcialmente la demanda formulada por la procuradora Dña. María Pilar Almansa Rodríguez en nombre y representación de D. Ángel contra Dña. Leonor representada por la procuradora Dña. María Virtudes Valero Mora, debo modificar las medidas adoptadas en sentencia de divorcio de 12 de febrero de 2015 dictada por este juzgado en los autos núm. 1835/14 en el sentido de ampliar el régimen de relaciones fijado a favor del progenitor no custodio Sr. Ángel con sus hijos menores de la siguiente manera:

"- El padre permanecerá con los menores dos tardes intersemanales que, en defecto de acuerdo serán los martes y jueves desde la salida del centro escolar donde los recogerá hasta el día siguiente por la mañana reintegrándolos de nuevo al centro escolar.

"- Se reduce a 180 euros mensuales el importe de la pensión alimenticia a cargo del padre Sr. Ángel para cada de sus hijos menores a partir del mes de diciembre de 2018 con las mismas previsiones de abono dentro de los primeros cinco días de cada mes y actualización conforme al IPC y sin que haya lugar a imponer el abono de las costas procesales devengadas en la instancia a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal del demandante D. Ángel, la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia, con fecha 20 de julio de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos:

"Que estimando sustancialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Ángel contra la sentencia dictada en los autos de juicio de modificación de medidas 646/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de DIRECCION000, debemos revocar y revocamos dicha resolución, sin hacer expresa condena en las costas de apelación y con devolución del depósito constituido para recurrir; en los siguientes términos:

"La guarda y **custodia** será **compartida** y por semanas, realizándose los cambios los lunes a la salida del colegio o, en días no lectivos, a las 14 horas, siendo la recogida en el domicilio del progenitor al que correspondiera la estancia la semana que finaliza.

"Períodos vacacionales de Navidad y Semana Santa: El período vacacional a distribuir entre ambos progenitores se inicia a las 20:00 horas del último día lectivo y finaliza a las 20:00 horas del día anterior al primer día lectivo. La segunda mitad se iniciará a las 20:00 horas de aquel día que posibilite que el número de que disfruta cada progenitor sea el mismo. Si no fuese posible porque el número de días no lectivos fuese impar, la primera mitad tendrá una pernocta más.

"Durante el período de estancia semanal el progenitor que no tenga la **custodia** tendrá a los menores en su compañía desde los miércoles que sean lectivos desde la salida del colegio hasta el día siguiente a la entrada de clase, o bien a las 14 horas si resultara ser vacacional.

"Los miércoles que sean festivos los menores permanecerán con aquél al que corresponda la estancia semanal.

"Durante las vacaciones de verano escolares, los períodos se distribuirán del siguiente modo:



"Primer período: comprende desde las 20 horas del día que finalicen las clases a las 20 horas al día 1 de julio; segundo período: de las 20 horas del día 1 de julio a las 20 horas del día 15 de julio; tercer período: de las 20 horas del 15 de julio a las 20 horas del 1 de agosto; cuarto período: de las 20 horas del 1 de agosto a las 20 horas del 15 de agosto; quinto período: de las 20 horas del 15 de agosto a las 20 horas del uno de septiembre; sexto período: de las 20 horas del uno de septiembre a las 20 horas del día anterior al reinicio de las clases.

"Los años pares corresponderán al padre los primeros, terceros y quintos períodos y a la madre los años impares. Los años impares corresponderán al padre los segundos, cuartos y sextos períodos, y a la madre los años pares.

"En el caso de existir una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana o unida a este por un "puente", la progenie permanecerá en la compañía del progenitor al que corresponda la estancia.

"La entrega y recogida se efectuará el domicilio del progenitor al que corresponda la estancia anterior o lugar donde convengan los padres.

"Los llamados días del padre o de la madre los pasará la progenie con el progenitor al que corresponda, de las 11 a las 20 horas, o desde la salida del colegio hasta las 20 horas, si fuere lectivo.

"Horario de los días especiales: El día del padre, el día de la madre, el día del cumpleaños y la onomástica de cada progenitor, le corresponderá al progenitor de que se trate, en horario de 11:00 (o desde la salida del colegio- 17:00 horas-, si es día lectivo) a 21:00 horas.

"El día del cumpleaños de los menores estará alternativamente cada año con uno de los progenitores, en horario de 11:00 (o desde la salida del colegio- 17:00 horas-, si es día lectivo) a 21:00 horas, comenzando en el próximo cumpleaños por el padre.

"El progenitor que se encuentre con los hijos permitirá y facilitará en todo momento la comunicación con el otro, siempre que no interfiera las actividades de estudio o extraescolares de aquéllos.

"En caso de enfermedad de los menores, cualquiera de los progenitores deberá comunicárselo al otro.

"Se suprime la atribución a la esposa en exclusiva del uso de la que fuera vivienda familiar, pudiendo no obstante permanecer en ella hasta que se decida lo procedente en el procedimiento de formación de inventario, sin que dicho uso exclusivo pueda exceder de tres meses, en todo caso, contados desde la notificación de la presente resolución.

"Con efectos a la fecha de la presente resolución se suprime la pensión de alimentos preexistente, debiendo ser abonados por mitad los gastos extraordinarios en los términos expuestos ya en la sentencia de divorcio.

"Sin expresa condena en las costas de la primera instancia".

TERCERO.- 1.- Dña. Leonor interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

El recurso extraordinario por infracción procesal, en su motivo cuarto, se fundamenta: Al amparo del ordinal 2.º del art. 469-1- LEC alegamos infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, indicando que fue oportunamente pedida la subsanación/completado de la sentencia y desestimada por auto de fecha 10-09-2020. Infracción del art. 218 de la LEC y en relación con la atribución de la vivienda que fuera familiar y la concesión de plazo de tres meses para el cese del uso exclusivo.

El recurso de casación, en su motivo primero se basa en: Vulneración o aplicación indebida del art. 96 del Código Civil sobre límite temporal en el que se puede atribuir la vivienda familiar en exclusiva, tras el cambio de **custodia** individual a **custodia compartida**. Se cita como jurisprudencia vulnerada, las STSS 593/2014, de 24 de octubre, 517/2017, de 22 de septiembre, y 51/2016, de 11 de febrero.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 14 de julio de 2021, se acordó admitir únicamente el motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal y el motivo primero del recurso de casación; inadmitiendo los motivos primero, segundo, tercero y quinto del recurso extraordinario por infracción procesal e inadmitiendo el motivo segundo de casación.

En el mismo auto y respecto a los motivos admitidos, motivo cuarto del recurso extraordinario por infracción procesal y motivo primero del recurso de casación, se dio traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitidos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, en los motivos reseñados anteriormente, y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Pilar Almansa Rodríguez, en nombre y representación de D. Ángel, presentó escrito de oposición a los mismos.

Por su parte el fiscal, emitió informe en cuyo alegato final se dice:



"Por todo lo expuesto, el fiscal se adhiere a los motivos de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación admitidos a trámite, interesando se declare la nulidad de la sentencia en lo que respecta a la decisión sobre plazo máximo de uso exclusivo de la vivienda, y se establezca, asumiendo la instancia, un uso de la vivienda limitado conforme a lo expuesto *supra*".

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 21 de diciembre de 2021, en que tuvo lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes.*

1.- Acciones ejercitadas y sentencia de primera instancia.

Los presentes recursos traen causa de la demanda de modificación de las medidas adoptadas en sentencia de divorcio de fecha de 12 de febrero de 2015, en la que se interesaba por el padre la guarda y **custodia compartida** de sus dos hijos de 12 y 8 años, sin abono de pensión alimenticia y limitación del uso de la vivienda por la demandada hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o su venta.

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda ejercitada, en el sentido de ampliar el régimen de estancias del padre con los menores y reducir el importe de la pensión alimenticia a su cargo, atendiendo a su reducción de ingresos.

2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por el padre, la Audiencia Provincial estimó sustancialmente el recurso, en el sentido de adoptar el régimen de guarda y **custodia compartida**, con extinción de la pensión alimenticia, y con supresión de la atribución a la esposa del uso de la que fuera vivienda familiar, pudiendo no obstante permanecer en ella hasta que se decida lo procedente en el procedimiento de formación de inventario, sin que dicho uso exclusivo pueda exceder de tres meses, en todo caso, contados desde la notificación de la sentencia.

Considera la sala de apelación que la ex esposa lleva usando en exclusiva el domicilio que fue familiar, y de titularidad ganancial, desde el año 2015, y cuenta con ingresos propios que le permiten atender a sus propias necesidades por lo que, adoptado el régimen de guarda y **custodia compartida**, procedería dejar sin efecto la atribución realizada en el procedimiento de divorcio, debiendo ser en el correspondiente procedimiento de liquidación de gananciales donde se resuelva sobre el uso compartido o la administración de la vivienda, sin perjuicio de uso temporal hasta la liquidación ganancial o venta.

3.- Recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

Contra la citada sentencia se interpone por la ex esposa demandada recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, de los cuales fueron admitidos un motivo de recurso extraordinario por infracción procesal (motivo cuarto de recurso) y un motivo de recurso de casación (motivo primero), de acuerdo con lo interesado por el Ministerio Fiscal en su informe de fecha de 12 de abril de 2021.

i) El motivo de recurso extraordinario por infracción procesal (motivo cuarto), se interpone al amparo del ordinal 2.º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 218 LEC, en relación con la atribución de la vivienda que fuera familiar y la concesión de plazo de tres meses para el cese de uso exclusivo, cuando la vivienda es ganancial y constaría que el actor tiene la vivienda de su pareja, estableciendo un plazo de cese de uso de la vivienda de tres meses sin que la sentencia haya motivado por qué debe de ser este el plazo, sin que nadie lo hubiera pedido en el proceso.

ii) Por su parte, el motivo de recurso de casación se funda en la infracción del art. 96 CC, al considerar que el plazo establecido, para abandonar la vivienda, de tan solo tres meses vulneraría la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que procedería atribuir el uso exclusivo de la vivienda por un periodo de, al menos, dos años o hasta la efectiva liquidación de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta que la recurrente se hallaría en paro y carecería de otros ingresos, mientras que el padre dispondría de otra vivienda (la de su actual pareja) y tendría mayores ingresos.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- Motivo cuarto (único admitido) Al amparo del ordinal 2.º del art. 469-1- LEC alegamos infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, indicando que fue oportunamente pedida la subsanación/completado de la sentencia y desestimada por *auto de fecha 10-09-2020. Infracción del art. 218 de la LEC y en*



relación con la atribución de la vivienda que fuera familiar y la concesión de plazo de tres meses para el cese del uso exclusivo.

Se estima el motivo.

Como alegó el Ministerio Fiscal:

"La sentencia de la Audiencia Provincial funda su decisión partiendo de que se trata de un inmueble ganancial que la esposa lleva utilizando en exclusiva desde febrero del año 2015 y de que la esposa cuenta con ingresos propios que le permiten atender a sus propias necesidades y contribuir a los alimentos de la progenie.

"A partir de estos datos y partiendo de que se adopta el régimen de **custodia compartida** la Sala acuerda dejar sin efecto la atribución realizada en el procedimiento de divorcio, debiendo ser en el correspondiente de liquidación de bienes donde se resuelva sobre el uso, sin perjuicio de la estancia temporal que se dirá en atención a lo que ha solicitado el propio apelante (uso hasta liquidación ganancial o venta con límite temporal en todo caso).

"Sin más razonamientos, en la parte dispositiva de la sentencia se dispone que:

""Se suprime la atribución a la esposa en exclusiva del uso de la que fuera vivienda familiar, pudiendo no obstante permanecer en ella hasta que se decida lo procedente en el procedimiento de formación de inventario, sin que dicho uso exclusivo pueda exceder de tres meses, en todo caso, contados desde la notificación de la presente resolución"".

A la vista de ello esta sala debe declarar que concurre una manifiesta falta de motivación, dado que el Tribunal de apelación anunció que el plazo de disponibilidad de la vivienda por la esposa será hasta la venta o hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y sin embargo, sin más explicaciones en el fallo establece que el uso exclusivo no podría exceder de tres meses.

Dicha disparidad y contradicción interna conlleva la declaración de falta de motivación y estimación del recurso extraordinario por infracción procesal, debiendo la sala asumir la instancia a la luz de los argumentos esgrimidos en casación (art. 218 LEC).

Recurso de casación.

TERCERO.- *Motivo primero (único admitido). Vulneración o aplicación indebida del art. 96 del Código Civil sobre límite temporal en el que se puede atribuir la vivienda familiar en exclusiva, tras el cambio de **custodia** individual a **custodia compartida**. Se cita como jurisprudencia vulnerada, las STSS 593/2014, de 24 de octubre, 517/2017, de 22 de septiembre, y 51/2016, de 11 de febrero.*

Se estima el motivo.

Esta sala en sentencias 438/2021, de 22 de junio, y 558/2020, de 26 de octubre, entre otras ha declarado que tratándose de **custodia compartida**, han de ponderarse los intereses en cuestión, a la hora de adjudicar el uso de la vivienda familiar, dado que ambos progenitores ostentan la **custodia** de los menores.

En el presente caso, dado que los dos tienen ingresos, si bien los de ella no se cuantifican, que ella ha mantenido hasta ahora el uso de la vivienda con sus dos hijos menores y que el esposo solicitó, con anterioridad, el uso por ella hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o su venta y que el esposo reside en la vivienda de su actual pareja, esta sala entiende que no procede la fijación de un plazo exiguo de tres meses por lo que declaramos que la recurrente podrá mantener el uso de la vivienda familiar hasta la venta o liquidación de la sociedad de gananciales, planteamiento al que, hasta este recurso, no se había opuesto la parte recurrida (art. 96 C. Civil).

CUARTO.- *Costas y depósitos.*

Estimados los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación no procede imposición de costas (art. 398.2 LEC), devuélvase al recurrente los depósitos constituidos para ambos recursos.

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 estimar el recurso de casación, ambos interpuestos por Dña. Leonor , contra la sentencia de fecha 20 de julio de 2020 de la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante (apelación 25/2020).



2.º- Casar la sentencia recurrida en el sentido de atribuir el uso de la vivienda familiar a Dña. Leonor , hasta su venta o liquidación de la sociedad de gananciales.

3.º- No ha lugar a imposición de costas ni del recurso extraordinario por infracción procesal ni de casación y devuélvase a la recurrente los depósitos constituidos por ambos recursos.

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

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ