



Roj: **STS 1896/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1896**

Id Cendoj: **28079110012017100292**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/05/2017**

Nº de Recurso: **204/2016**

Nº de Resolución: **294/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP M 17663/2015,**  
**STS 1896/2017**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 12 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Secundino , representado por la procuradora D.ª Olga López Mirayo bajo la dirección letrada de D. Joaquín Julián González Gómez, contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2014 por la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación núm. 405/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 105/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Fuenlabrada, sobre divorcio contencioso. Ha sido parte recurrida D.ª Milagrosa , representada por la procuradora D.ª M.ª Blanca Fernández de la Cruz Martín y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Benavente Moreda, ambos designados por el turno de oficio. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- D.ª. Milagrosa , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Secundino en la que solicitaba se dictara sentencia acordando lo siguiente:

«1.- Se decrete la disolución del matrimonio por divorcio, con los efectos legales inherentes y, en especial, se declare la disolución del régimen económico matrimonial.

»2.- Se confiera la patria potestad a ambos progenitores y la guarda y custodia a la esposa.

»3.- Se atribuya el uso del domicilio familiar y de los objetos de uso ordinario existente en el que fue domicilio conyugal, a excepción de los de uso personal del esposo, a las hijas y a la esposa.

»4.- Se atribuya el uso del vehículo familiar y de la plaza de garaje de Getafe a la esposa.

»5.- Se fija en concepto de pensión de alimentos para las hijas la cantidad de 520,00 ? mensuales para cada una de ellas, revalorizable anualmente conforme a la variación del coste de la vida según el IPC que publique el INE u organismo que le sustituya, a ingresar, dentro de los 5 primeros días del mes, en la cuenta que se designa expresamente por la esposa de IberCaja NUM000 , condenando al esposo a su abono desde la fecha de presentación de esta demanda, más el 50% de los gastos extraordinarios, en los que han de incluirse las actividades extraescolares.

»6.- Se fije el siguiente régimen de visitas:



»A.- Durante el curso escolar, fines de semana alternos, a los que se unirán los días de puente, desde el viernes o día anterior al que comience el puente hasta el domingo o día en que finalice el puente, teniendo lugar la recogida y entrega de las menores en el domicilio materno a las 20:00 horas.

»La madre tendrá preferencia a disfrutar el fin de semana que coincida con el Día de la Madre y su cumpleaños y el padre el fin de semana que coincida con el Día del Padre y su cumpleaños.

»B.- Martes y jueves de cada semana las menores estarán en compañía del padre desde las 18:45 hasta las 20:45 horas, realizándose la recogida y entrega de las menores en el domicilio materno.

»C.- Las vacaciones escolares de Semana Santa las disfrutará completas los años impares el padre y los pares la madre, realizándose en el domicilio materno la recogida de las menores por el padre el día anterior al que inicien dichas vacaciones a las 20:00 horas y la entrega a las 20:00 horas el día en que finalicen.

»D.- Durante las vacaciones escolares de Navidad, las menores pasarán una mitad con cada progenitor, eligiendo el padre los años impares y la madre los pares. De elegir la primera mitad el padre, el padre hará a las 20:00 horas en el domicilio materno la recogida de las menores el último día escolar y la entrega el 30 de diciembre. De elegir la segunda mitad el padre, éste hará a las 20:00 horas en el domicilio materno la recogida el 30 de diciembre y la entrega de las menores el día anterior al inicio de las clases.

»En la festividad de Reyes el progenitor con quien no pernocten las menores el 5 de enero, disfrutará de la compañía de éstos de 13:00 a 18:00 horas el 6 de enero, recogidos y entregados en el domicilio del progenitor con quien pernocten.

»E.- Durante las vacaciones escolares de Verano, las menores pasarán el mes de julio o agosto con el padre, eligiendo el padre los años impares y la madre los pares, haciéndose la recogida el primer día del mes y la entrega el último día del mes a las 20:00 horas en el domicilio materno.

»F.- Durante las vacaciones de Semana Santa, Navidad y Verano se suspende el régimen de visitas de fines de semana y puentes, comenzando a disfrutar el fin de semana siguiente el progenitor que no haya tenido el anterior período de vacaciones a las menores. La elección del período a disfrutar en Navidad y Verano habrá de hacerse, al menos, dentro de la última quincena del mes anterior al inicio de dichas vacaciones escolares.

»7.- Se fije en concepto de contribución a las cargas del matrimonio el abono del 50% del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, de las cuotas de Comunidad de Propietarios de la misma, del impuesto de bienes inmuebles y de cualquier otro impuesto o tasa sobre ella y de la prima del seguro de hogar, del pago de la plaza de garaje NUM001 en el establecimiento subterráneo de Getafe, de la prima del seguro de decesos y del seguro e impuestos del vehículo propiedad del matrimonio marca Renault modelo Laguna matrícula ....- NQQ por ambos cónyuges, y el abono por el esposo del 100% de los seguros e impuestos de los vehículos de su propiedad y seguro de vida a su nombre, condenando al marido al abono en la cuenta de La Caixa NUM002 antes de la fecha de presentación al cobro de todos ellos.

»8.- Se decrete la comunicación de la sentencia de divorcio al Registro Civil de Fuenlabrada donde está inscrito el matrimonio y al Registro de la Propiedad nº 2 de Fuenlabrada donde está inscrito el único inmueble del matrimonio, en el que se encuentra fijado el domicilio conyugal.

»9.- Se impongan expresamente las costas al demandado en caso de oponerse con temeridad».

También se solicitó se dictará auto que adoptara medidas provisionales.

**2.-** La demanda fue presentada el 27 de enero de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Fuenlabrada y fue registrada con el núm. 105/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada y del Ministerio Fiscal, que evacuó el trámite mediante escrito de 20 de febrero de 2014..

**3.-D.** Secundino , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba se dicte sentencia por la que declare el divorcio de los cónyuges, acordando la inscripción de la resolución en el Registro Civil y se declaren las siguientes medidas definitivas:

«a) Disolución del vínculo matrimonial con los efectos que le son inherentes.

»b) Patria potestad sobre las hijas comunes, que deberá ser ejercida por ambos progenitores.

»c) Guarda y custodia compartida. Deberá establecerse la custodia compartida de ambos progenitores sobre las menores por trimestres escolares, debiendo residir siempre la menor en el domicilio familiar, hasta que se proceda a la liquidación del condominio del mismo, como mejor opción para defender el interés supremo de las menores.



- »d) Uso y disfrute de la vivienda. Deberá atribuirse a las menores y al progenitor custodio que durante el periodo que le corresponda ostente y haga ejercicio de la custodia compartida, alternativamente.
- »e) Régimen de visitas. Deberá fijarse el que las partes de común acuerdo establezcan, siempre en beneficio de las menores, y lo más extenso y flexible que sea posible, y para el supuesto de que las partes no alcancen el pretendido acuerdo, deberá establecerse a favor del progenitor que no disfrute de la custodia durante el periodo que esté asignada al otro progenitor, padre o madre, según el periodo:
- »-Fines de semana alternos, desde el viernes a la salida del colegio, hasta las nueve de la noche de los domingos. Los "puentes" escolares se unirán al fin de semana correspondiente, mientras que las fiestas independientes corresponderán a aquel progenitor con el que no vayan a pasar el siguiente fin de semana.
- »-Dos tardes a la semana, martes y jueves, desde la salida de la menor del colegio, hasta las 20 horas de la tarde.
- »-Las vacaciones de Semana Santa, Navidades y verano estarán divididas por mitad entre ambos progenitores, eligiendo el turno de forma alternada, comenzando el padre la elección los años pares.
- »f) Pensión alimenticia. Dado que la propuesta es la guarda y custodia compartida, deberá acordarse de que cada uno de los progenitores asuma todos los gastos de la menor durante el periodo que le corresponda, y solo para el supuesto de no admitirse tal propuesta, se establezca una pensión alimenticia a favor de las hijas menores de 150 ? mensuales, a abonar por cada cónyuge durante los periodos que no les corresponda la custodia compartida. En tal caso, deberá abonarse por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta corriente que a tal efecto se designe. Asimismo deberá ser actualizada conforme al incremento anual que experimente el Índice de Precios al Consumo que a tal efecto determine el Instituto Nacional de Estadística u órgano que le sustituya. Los gastos extraordinarios deberán ser abonados por mitad en todo caso».

**4.-** Tras seguirse los trámites correspondientes y dictar auto en el que se recogen las Medidas Provisionales el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Fuenlabrada dictó sentencia núm. 231 de fecha 1 de octubre de 2014, con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente la demanda formulada por la Procuradora D<sup>a</sup> Yolanda González Barquilla, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Milagrosa , contra D. Secundino , debo acordar y acuerdo la disolución del matrimonio por divorcio de los cónyuges antes expresados, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración y, en especial, los siguientes:

»1º) Las hijas menores de edad Fermina y Marta , quedarán bajo la guarda y custodia compartida de sus padres D<sup>a</sup> Milagrosa y D. Secundino , por periodos alternos de un mes con cada progenitor a partir del próximo día 1 de diciembre de 2.014, comenzando en su ejercicio la madre D<sup>a</sup> Milagrosa , ejerciendo a su vez ambos progenitores de forma conjunta las funciones inherentes a la patria potestad sobre sus hijas menores de edad.

»2º) Durante los correspondientes periodos de ausencia de convivencia con las menores Fermina y Marta , cada uno de sus progenitores tendrá el derecho de visitarlas, comunicar con ellas y tenerlas en su compañía en los términos que acuerden ambos progenitores, comprendiendo dicho derecho como mínimo y para el supuesto de desacuerdo:

»Tener consigo a sus hijas menores en fines de semana alternos desde las 18:30 horas del viernes o día anterior lectivo hasta las 20:00 horas del domingo, o siguiente día no lectivo, además de la tarde de los lunes y miércoles de cada semana desde las 17:00 horas hasta las 21:00 horas, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y verano, además de la Semana Santa completa por años alternativos, eligiendo dichos periodos los años pares la madre y los impares el padre.

»Dicho régimen de visitas en fines de semana alternos, no se aplicará durante los periodos de vacación escolar, salvo acuerdo en contrario de ambos progenitores.

»3º) D. Secundino deberá abonar mensualmente a D<sup>a</sup> Milagrosa , en los cinco primeros días de cada uno de los doce meses del año, personalmente o mediante ingreso en la cuenta corriente que cada una designe, la cantidad de ciento cincuenta euros (150 euros) mensuales en concepto de pensión alimentaria para cada una de las hijas comunes de los litigantes menores de edad Fermina y Marta (en total 300 Euros mensuales).

»Dicha cantidad, será actualizada con efectos de 1º de enero de cada año de acuerdo con la variación experimentada por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo Oficial que lo sustituya.

»Asimismo, D. Secundino y D<sup>a</sup> Milagrosa , sufragarán la mitad de los gastos extraordinarios que se produzcan durante la vida de las hijas comunes del matrimonio Fermina y Marta , tales como contingencias médicas no cubiertas por el sistema público de salud (gastos odontológicos, oftalmológicos, ortopédicos,



farmacéuticos, etc...) y análogos, previa notificación que motiva el gasto y el importe del mismo para su aprobación resolviéndose por el Juzgado lo pertinente en caso de no ser aceptado.

»4º) Sin perjuicio de los posibles derechos de asigne el uso de la vivienda familiar sita en Fuenlabrada (Madrid), CALLE000 n° NUM003 , así como del mobiliario y ajuar doméstico existente en el domicilio familiar a D Milagrosa y a las hijas menores de los litigantes Fermina y Marta , debiendo D. Secundino retirar del domicilio conyugal, previo inventario, sus objetos personales y de su exclusiva pertenencia, si no lo hubiere realizado ya.

»5º) Se atribuye a Dª Milagrosa el uso del vehículo Renault Laguna, matrícula ....-NQQ .

»6º) Como contribución a las cargas de la familia, D. Secundino y Dª Milagrosa abonarán por mitad los gastos correspondientes a la amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, la cuota correspondiente al Impuesto de Bienes Inmuebles de dicha vivienda y, en su caso, de los demás inmuebles de titularidad conjunta de los litigantes, así como las restantes deudas contraídas por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, debiendo Dª Milagrosa sufragar de forma exclusiva la prima correspondiente al seguro de hogar e incendios de la vivienda familiar, así como los gastos derivados de los servicios y suministros de la citada vivienda (agua, gas, teléfono, energía eléctrica, etc..), además de los gastos e impuestos derivados de la titularidad dominical, mantenimiento y uso del vehículo Renault Laguna, matrícula ....-NQQ .

»7º) No ha lugar a la imposición de costas a ninguna de las partes».

Mediante Auto de fecha 9 de diciembre de 2014 y a petición de la representación procesal de la parte demandante, dicha sentencia, se subsanó en el sentido de que donde se dice:

«Durante los correspondientes periodos de ausencia de convivencia con las menores Fermina y Marta , cada uno de sus progenitores tendrá el derecho de visitarlas, comunicar con ellas y tenerlas en su compañía en los términos que acuerden ambos progenitores, comprendiendo dicho derecho como mínimo y para el supuesto de desacuerdo: tener consigo a sus hijas menores en fines de semana alternos desde las 18:30 horas del viernes o día anterior lectivo hasta las 20:00 horas del domingo, o siguiente día no lectivo, además de la tarde de los lunes y miércoles de cada semana desde las 17:00 horas hasta las 21:00 horas, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y verano, además de la Semana Santa completa por años alternativos, eligiendo dichos periodos los años pares la madre y los impares el padre.

»Dicho régimen de visitas en fines de semana alternos, no se aplicará durante los periodos de vacación escolar, salvo acuerdo en contrario de ambos progenitores.

»Debe decir:

»Durante los correspondientes periodos de ausencia de convivencia con las menores Fermina y Marta , cada uno de sus progenitores tendrá el derecho de visitarlas, comunicar con ellas y tenerlas en su compañía en los términos que acuerden ambos progenitores, comprendiendo dicho derecho como mínimo y para el supuesto de desacuerdo: tener consigo a sus hijas menores en fines de semana alternos desde las 18:30 horas del viernes o día anterior lectivo hasta las 20:00 horas del domingo, o siguiente día no lectivo, además de la tarde de los lunes y miércoles de cada semana desde las 17:00 horas hasta las 21:00 horas, así como la mitad de las vacaciones escolares de Navidad y verano además de la Semana Santa completa por años alternativos, eligiendo dichos periodos los años pares la madre y los impares el padre.

»Dicho régimen de visitas inter semanales y en fines de semana alternos, no se aplicará durante los periodos de vacación escolar, salvo acuerdo en contrario de ambos progenitores».

## **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 405/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de diciembre de 2015, cuyo fallo dispone:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Olga López Mirayo, en nombre y representación de don Secundino , y estimando parcialmente la Impugnación interpuesta por el procurador don Luis Gómez López- Linares en nombre y representación de doña Milagrosa , contra la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2014, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Fuenlabrada, en autos de divorcio n.º 105/14, seguidos entre las citadas partes, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sentido siguiente:



»El régimen de visitas de las hijas para con el progenitor no custodio, en cada momento, en los fines de semanas se extenderá hasta el lunes por la mañana, o el primera día lectivo posterior al puente o festivos unidos a ese fin de semana, con la obligación del esposo de afrontar el gasto de desayuno de las hijas en el centro escolar, en el supuesto que de que dichas hijas realicen el desayuno en el colegio.

»El uso de la vivienda familiar se otorga a las hijas y a la madre hasta la mayoría de edad de aquellas, no obstante la posibilidad de liquidar con anterioridad la sociedad legal de gananciales.

»Los gastos extraordinarios se afrontarán en un 80% por el padre y en un 20% por la madre.

»Se desestiman las demás pretensiones planteadas por ambas partes, confirmándose el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada.

»No se hace declaración sobre condena en las costas del recurso ni de la impugnación».

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

1.- D. Secundino , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Infracción de lo dispuesto en el art. 96 CC, por aplicación indebida, en relación con el art. 348 CC y art. 33 de la Constitución Española y la doctrina de esta Sala plasmada en la sentencia de 24 de octubre de 2014 recurso 2119/2013».

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 14 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Secundino , contra la sentencia dictada, con fecha 4 de diciembre de 2015, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, en el rollo de apelación 405/2015, dimanante de los autos de divorcio contencioso 105/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Fuenlabrada».

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

4.- Por providencia de 6 de marzo de 2017 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 25 de abril de 2017, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- Resumen de antecedentes

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- Doña Milagrosa formuló demanda de divorcio contra don Secundino , solicitando la disolución del matrimonio contraído por ambos.

Fruto de este nacieron dos hijas en los años 2006 y 2010.

2.- La sentencia de primera instancia acordó la disolución del matrimonio y, como medidas ahora relevantes, la guarda y custodia compartida de las hijas y la atribución de la vivienda familiar a doña Milagrosa y a sus hijas menores.

3.- Don Secundino interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia del que conoció la sección vigesimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid.

Dictó sentencia el 4 de diciembre de 2015 y, con cita de las sentencias de esta sala de 5 de septiembre de 2011 y 30 de marzo de 2012, acordó que el uso de la vivienda familiar se otorgaba a las hijas y a la madre hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, siempre que las hijas hayan alcanzado la mayoría de edad en ese momento. De modo que, aunque se liquidase la sociedad legal de gananciales, mientras las hijas sean menores de edad, éstas y su madre permanecerán en el uso y disfrute de la vivienda familiar.

La sentencia de apelación pone el acento en sí la protección del uso de la vivienda respecto de los hijos se extiende a estos al ser mayores de edad.



Lo niega en atención a que, en su condición de alimentistas mayores de edad, no tienen derecho a obtener parte de los alimentos que precisen mediante la atribución del uso de la vivienda familiar, con exclusión del progenitor con el que no hayan elegido convivir.

Tal argumentación sirve de apoyo a su decisión.

**4.-** Don Secundino interpuso contra la anterior sentencia recurso de casación por interés casacional, al amparo del artículo 477.2.3º LEC, que articuló en un único motivo:

Motivo Único.- Infracción de lo dispuesto en el artículo 96 CC, por aplicación indebida, en relación con el artículo 348 CC y artículo 33 de la Constitución Española, con desconocimiento de la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia de la sala civil del Tribunal Supremo de fecha 24-10-2014, recurso número 2119/2013, en el sentido de que procedería determinar una temporalidad en el uso de la vivienda atribuida a la esposa como interés más necesitado de protección en un supuesto en que se ha acordado la guarda y custodia compartida, resultando necesario que se fije o se declare infringida dicha jurisprudencia, conforme a la cual el artículo 96 establece como criterio prioritario, a falta de acuerdo entre los cónyuges, que el uso de la vivienda familiar corresponde al hijo y al cónyuge en cuya compañía queden, lo que no sucede en el caso de la custodia compartida al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos; supuesto en el que la norma que debe aplicarse analógicamente es la del párrafo segundo que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo la del otro, y permite al juez resolver lo procedente.

Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con 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 sí la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero para los matrimonios sin hijos, y que no sería posible en el supuesto del párrafo primero de la atribución del uso a los hijos menores de edad como manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitado por el juez salvo lo establecido en el artículo 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014, entre otras).

Critica que la sentencia recurrida ha aplicado el párrafo primero del art. 96 CC, previsto para cuando se atribuye la custodia de los hijos de forma exclusiva a un cónyuge y que este no es el caso aquí contemplado por cuanto lo acordado es la guarda y custodia compartida de las menores.

Teniendo en consideración esta circunstancia y la cotitularidad de la vivienda al 50% de ambas partes, solicita que se limite el uso de la misma a un plazo de dos años desde la sentencia que se dicte al efecto.

**5.-** La sala dictó auto el 14 de septiembre de 2016 por el que se acordó admitir el recurso de casación y, previo el oportuno traslado, la parte recurrida se opuso al mismo, si bien alegó previamente, como óbice de admisibilidad, que el recurrente lo único que pretende es revisar cuestiones relativas a la valoración de la prueba.

**6.-** El Ministerio Fiscal, con cita de doctrina de esta Sala, apoya el recurso de casación, pero concediendo un plazo de uso de la vivienda común a la madre de tres años desde la fecha de la sentencia.

#### **SEGUNDO.-** Decisión de la Sala

**1.-** Ante todo cabe decir que la parte recurrente plantea una cuestión eminentemente jurídica, por incorrecta aplicación en la sentencia recurrida de la doctrina de la sala en materia de atribución y uso de la vivienda familiar cuando la guarda y custodia de los hijos es compartida.

Por tanto no puede tener acogido el óbice de admisibilidad del recurso, pues no se plantea una revisión de los hechos declarados probados.

**2.-** La sentencia recurrida, y así ofrecemos respuesta al motivo único del recurso de casación, obvia aplicar la doctrina de la sala sobre atribución y uso de la vivienda familiar en supuestos de guarda y custodia compartida, doctrina que ya se había fijado a la fecha en que se dictó la sentencia.

Por el contrario aplica el párrafo primero del art. 96 CC, previsto para cuando se atribuye a un solo cónyuge la guarda y custodia de los hijos menores, que no es el caso.

**3.-** La reciente sentencia de 23 de enero de 2017 recoge la doctrina de la sala sobre la materia con remisión a la sentencia 215/2016, de 6 de abril, que, a su vez, recoge la contenida en sentencias anteriores.



En todas ellas se hace ver que no existe una regulación específica sobre el uso de la vivienda familiar ( STS de 24 de octubre de 2014) para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí ha llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente País Vasco).

Se afirma que «La Sala, ante tal vacío en materia de atribución de la vivienda familiar, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores sino de los dos, ha entendido que debe aplicarse analógicamente el párrafo segundo del art. 96 CC, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos quedan bajo la custodia de un progenitor y otros bajo la custodia de otro remitiendo al juez a resolver lo procedente. Ello obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, y debiendo ser tenido en cuenta el factor del 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 ( STS de 24 de octubre de 2014). Ahora bien, existe un interés sin duda más prevalente ( STS de 15 de marzo de 2013) que es el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades, que conforme a la regla dispuesta en el art. 96 CC, se identifica con la que fue vivienda familiar hasta la ruptura del matrimonio. Teniendo en cuenta tales factores o elementos a ponderar esta sala, al acordar la custodia compartida, está estableciendo que la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con ella conviva, pues ya la residencia no es única, por lo que de acuerdo con el art. 96.2 C. Civil, aplicado analógicamente, a la vista de la paridad económica de los progenitores, se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante un año, con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más en necesitado de protección, la transición a una nueva residencia ( STS 9 de septiembre de 2015; Rc. 545 de 2014), transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales ( STS de 17 de noviembre de 2015 y 11 de febrero de 2016 entre otras).»

**4.-** Si se atiende a la citada doctrina, desconocida por la sentencia recurrida, la decisión correcta será limitar el uso de la vivienda familiar por la madre y sus hijas.

Pero, atendiendo a las circunstancias de empleo de la madre y edad de las menores, el límite, como interesa el Ministerio Fiscal, ha de ser de tres años a computar desde el dictado de la presente sentencia.

**TERCERO.-** De conformidad con lo previsto en los arts. 394.1 y 398.1 LEC, no se impone a la parte recurrente las costas del recurso.

## FALLO

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

**1.-** Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por D. Secundino contra la sentencia dictada el 31 de octubre de 2014 por la sección 22.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid. **2.-** Casar la sentencia, y con estimación parcial del recurso de apelación en tal extremo, atribuir el uso de la vivienda familiar a D.<sup>a</sup> Milagrosa e hijas durante un plazo de tres años desde la fecha de la presente sentencia. **3.-** No imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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

Así se acuerda y firma.