



Roj: **STS 3323/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3323**

Id Cendoj: **28079110012017100482**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **1886/2016**

Nº de Resolución: **513/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP H 276/2016,**
STS 3323/2017,
AATS 10449/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de marzo de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 428/2015, de la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Huelva, dimanante de autos de juicio sobre modificación de medidas definitivas núm. 178/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Moguer; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Luis Miguel, representado en las instancias por el procurador D. Fernando Izquierdo Beltrán designado del turno de oficio, bajo la dirección letrada de Dña. María Cruz Limón Domínguez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. María Elena Juanas Fabeiro designada del turno de oficio en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Loreto, representada por el procurador D. Antonio Moraleda Blanco designado igualmente del turno de oficio, bajo la dirección letrada de D. Jesús Sánchez Rodríguez.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Loreto, representada por la procuradora Dña. María de la Cinta Pérez Hernández, y asistida del letrado designado de oficio D. José Luis Iglesias Calvo, interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas recaídas en autos de familia, contra D. Luis Miguel, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia interesando:

«Que mi mandante pueda viajar con sus hijas menores una vez al año y en período coincidente con el de sus vacaciones escolares, sin necesidad de tener el permiso del padre de las menores, dejándose, en consecuencia, sin efecto el acuerdo de retirada de los pasaportes de ambas menores y la consecuente prohibición de expedición de otros nuevos, todo ello con expresa imposición de costas a la contraparte si se opusiese a esta justa petición».

2.- Admitida la demanda por los trámites de juicio verbal con las especialidades previstas en el art. 753 de la LEC, y emplazadas las partes, el Ministerio Fiscal se personó y contestó a la demanda con los hechos y fundamentos jurídicos que estimó procedentes solicitando se dicte:

«Sentencia conforme a derecho, de acuerdo con lo que resulte acreditado en la fase probatoria del presente procedimiento».



3.- El demandado D. Luis Miguel , representado por el procurador D. Fernando Izquierdo Beltrán y bajo la dirección letrada de Dña. María Cruz Limón Domínguez, ambos designados del turno de oficio, contestó a la demanda y formuló reconvencción.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«En la que se acuerde:

»- Denegar la modificación de las medidas definitivas acordadas en los autos de adopción de medidas de hijos no matrimoniales 468/12, no permitiendo la salida de las menores fuera de territorio nacional sin la necesaria autorización previa del padre.

»- Mantener como medida cautelar la retirada de los pasaportes de las menores y la prohibición de expedir otros pasaportes nuevos a las mismas.

»Todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora».

Formuló reconvencción en la que expuso los hechos y fundamentos jurídicos que consideró pertinentes y suplicando al juzgado dictase en su día sentencia en la que:

«Se sirva decretar la modificación de las medidas con los siguientes pronunciamientos:

»Atribuir la guarda y custodia de las dos hijas habidas en común Marí Juana y Amalia , que la ha tenido hasta ahora atribuida la madre, a D. Luis Miguel .

»Adaptar el resto de medidas dependientes (régimen de visitas y pensión alimenticia) al nuevo régimen de custodia.

»Subsidiariamente, se fije la guarda y custodia compartida, alternando mensualmente o en el plazo que se estime más conveniente, en beneficio de las niñas, a fin de que puedan mantener vínculos afectivos con ambos progenitores, en igualdad de condiciones, adaptándose a este nuevo régimen, el resto de medidas definitivas (régimen de visitas y pensión de alimentos).

»Que se condene en costas a la parte demandada».

4.- Dña. Loreto , a través de su representación procesal, contestó a la reconvencción y en el suplico de la misma dejó formalmente interesado:

«Llegue a dictar sentencia por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho expuestos en este escrito y en el de demanda, se desestime la petición de contrario y se estime íntegramente la demanda interesando que mi mandante pueda viajar con sus hijas menores una vez al año y en período coincidente con el de sus vacaciones escolares, sin necesidad de tener el permiso del padre de las menores, dejándose, en consecuencia, sin efecto el acuerdo de retirada de los pasaportes de ambas menores y la consecuente prohibición de expedición de otros nuevos, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada y reconviniendo».

5.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Moguer se dictó sentencia, con fecha 18 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»1) Se desestima la demanda presentada por Dña. Loreto , representada por el procurador de los tribunales D./Dña. Cinta Pérez Hernández, y asistida del letrado D./Dña. José Luis Iglesias Calvo, contra D. Luis Miguel , representado por el procurador de los tribunales D. Fernando Izquierdo Beltrán, y asistido del Letrado D./Dña. M.^a Cruz Limón Domínguez, manteniéndose lo resuelto en la sentencia, de fecha 02/07/13, dictada en el seno de los autos sobre medidas de hijos no matrimoniales 468/12, seguidos ante este mismo Juzgado, confirmada por la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.^a, mediante sentencia de fecha 19/12/13 , y en el auto, de fecha 12/12/13, dictado en el seno de los autos de Jurisdicción Voluntaria 763/13, seguidos igualmente ante este mismo Juzgado, respecto a la prohibición de salida del territorio nacional sin consentimiento de ambos progenitores, retirada de pasaporte de las menores y prohibición de expedición de nuevos pasaportes a las mismas.

»2) Se estima la demanda presentada por Dña. Loreto , representada por el procurador de los tribunales D. Fernando Izquierdo Beltrán, y asistido del letrado D./Dña. M.^a Cruz Limón Domínguez contra Dña. Loreto , representada por el procurador de los tribunales D./Dña. Cinta Pérez Hernández, y asistida del letrado D./Dña. José Luis Iglesias Calvo, modificándose lo resuelto en la sentencia, de fecha 02/07/13, dictada en el seno de



los autos sobre medidas de hijos no matrimoniales 468/12, seguidos ante este mismo Juzgado, confirmada por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, mediante sentencia de fecha 19/12/13 en los siguientes términos:

»1. La guarda y custodia de las menores Marí Juana y Amalia, así como la patria potestad, se atribuye a ambos progenitores de forma compartida, desarrollándose la misma del siguiente modo:

- »- Las menores estarán con cada progenitor por períodos alternativos de un mes.
- »- Las menores permanecerán en el domicilio familiar, siendo los progenitores quienes deberán cambiar de domicilio.
- »- El progenitor a quien no le corresponda estar con las menores podrá tenerlas en su compañía los siguientes días:
 - »- Lunes y miércoles: de 17 a 20 horas en invierno y de 18 a 21 horas en verano.
 - »- Fines de semanas alternos desde el viernes a las 17 horas hasta el domingo hasta las 20 horas.
 - »- Vacaciones de Navidad por mitad, dividiéndose en dos períodos: 1) Desde el día siguiente al de finalización de las clases a las 10 horas hasta el 31 de diciembre a las 13 horas; y 2) Desde el 31 de diciembre a las 13 horas hasta el día anterior al comienzo de las clases a las 20 horas. La elección corresponderá al padre los años pares y a la madre los años impares. El día 6 de enero el cónyuge que no esté con las menores podrá estar con éstas desde las 17 hasta las 20:30 horas.
 - »- Vacaciones de Semana Santa por mitad, dividiéndose en dos períodos: 1) Desde el día siguiente al de finalización de las clases a las 10 horas hasta el día que constituya la mitad del período vacacional a las 13 horas; y 2) Desde el día que constituya la mitad del período vacacional a las 13 horas hasta el día anterior al comienzo de las clases a las 20 horas. La elección corresponderá al padre los años pares y a la madre los años impares.
 - »- Vacaciones de verano por mitad, dividiéndose en dos períodos: 1) Del 1 al 15 de julio y del 1 al 15 de agosto; y 2) Del 16 al 31 de julio y del 16 al 31 de agosto. La elección corresponderá al padre los años pares y a la madre los años impares, debiéndose comunicar la elección con anterioridad al 1 de junio de cada año.
 - »- Las entregas y recogidas de las menores se llevarán a cabo en el domicilio de las mismas.

»2. Pensión de alimentos: cada progenitor asumirá los gastos ordinarios de las menores durante los períodos mensuales en que les corresponda estar con las mismas, debiendo hacer frente a los gastos extraordinarios por mitad, previo acuerdo en su realización.

»3. Se mantienen el resto de medidas fijadas por la referida sentencia de fecha 02/07/13, dictada en el seno de los autos sobre medidas de hijos no matrimoniales 468/12.

»No procede hacer expresa imposición de costas».

Y con fecha 24 de febrero de 2015 se dictó auto de aclaración de la sentencia que en su parte dispositiva señala:

«A) Procede la rectificación del apartado 2 de la sentencia dictada en los presentes autos en los siguientes términos, cuyo inciso inicial queda redactado en los siguientes términos:

»"2) Se estima la demanda reconvenicional presentada por D. Luis Miguel, representado por el procurador de los tribunales D. Fernando Izquierdo Beltrán, y asistido del letrado D./Dña. M.ª Cruz Limón Domínguez contra Dña. Loreto, representada por el procurador de los tribunales D./Dña. Cinta Pérez Hernández, y asistida del letrado D./Dña. José Luis Iglesias Calvo (...)"

»Quedando el resto de la parte dispositiva con el mismo contenido.

»B) Procede el complemento de la sentencia dictada en los presentes autos en los siguientes términos:

»Al final del apartado "atribución del uso del domicilio familiar", dentro del fundamento jurídico segundo se incluye un párrafo con el siguiente contenido:

»"Respecto a los gastos derivados de la vivienda familiar, el Sr. Luis Miguel, como propietario de la misma, asumirá los gastos derivados de la propiedad (como es el caso del 181), mientras que los gastos derivados de su uso (como suministros, tasa de residuos sólidos, seguros,...) deberán ser asumidos por ambos progenitores por mitad".

»En el apartado 1 del punto 2 de la sentencia se incluye un párrafo con el siguiente contenido:



»"Respecto a los gastos derivados de la vivienda familiar, el Sr. Luis Miguel , como propietario de la misma, asumirá los gastos derivados de la propiedad (como es el caso del IBI), mientras que los gastos derivados de su uso (como suministros, tasa de residuos sólidos, seguros,...) deberán ser asumidos por ambos progenitores por mitad".

»Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia, con fecha 16 de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: 1.- Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por doña Loreto contra la sentencia dictada por el Juzgado mixto núm. 1 de Moguer de fecha 18 de diciembre de 2014 que se modifica en los siguientes extremos:

A.- A falta de acuerdo de los padres, las hijas menores durante el curso escolar permanecerán con cada uno de sus progenitores durante semanas alternas, de viernes a viernes, siendo recogidos por el progenitor al que corresponda estar con ellas a la hora de salida del centro escolar y entregada por éste a la hora de entrada en el centro escolar el viernes de la semana siguiente. En caso de que el viernes correspondiente no fuera lectivo o, por cualquier circunstancia, los menores o alguno de ellos no asistiera al colegio, la entrega y recogida se llevará a efecto a las 10:00 horas en el domicilio del progenitor en el que se encontrasen los menores hasta el momento de la entrega, salvo acuerdo en contra entre las partes. A falta de acuerdo entre las partes, el régimen comenzará el primer viernes siguiente a la notificación de la sentencia en el turno correspondiente al padre.

B.- Se atribuye el uso de la vivienda que constituía el domicilio familiar, sito en C/ DIRECCION000 núm. NUM000 de Palos de la Frontera, a doña Loreto y en el que convivirán con ella las hijas menores en los períodos que le correspondan.

2.- No se hace expreso pronunciamiento condenatorio en las costas de esta alzada».

Y con fecha 7 de abril de 2016 se dictó auto de aclaración de la sentencia que en su parte dispositiva señala:

«Se rectifica el error material cometido en el pronunciamiento núm. 1, apartado B, del fallo de la sentencia de fecha 5 de abril de 2015 y cuya redacción correcta es la siguiente:

B.- Se atribuye el uso de la vivienda que constituía el domicilio familiar, sito en c/ DIRECCION000 núm. NUM000 de palos de la Frontera, a doña Loreto y en el que convivirán con ella las hijas menores en los periodos que le correspondan. Doña Loreto se ha de hacer cargo de todos los gastos derivados de su uso (como suministros, tasa de residuos sólidos, seguro, etc), manteniéndose la obligación de don Luis Miguel , como propietario, de pagar los gastos derivados de la propiedad (como es el IBI) y las cuotas del préstamo hipotecario».

TERCERO.- 1.- Por D. Luis Miguel se interpuso recurso de casación basado en tres motivos, dos de ellos se inadmitieron y fue admitido el siguiente:

Motivo tercero.- Se recurre también por interés casacional de acuerdo con el art. 477.2.3.º de la LEC , denunciando la infracción del art. 96 del Código Civil , al atribuir la vivienda familiar a la madre, sin carácter temporal, siendo privativa del recurrente y habiéndose acordado la guarda y custodia compartida de los hijos.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia de fecha 24 de octubre de 2014 (recurso núm. 2119/2013 , ponente Sr. Jose Antonio Seijas Quintana), por la que establece que la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 CC , 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 si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos 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.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 8 de marzo de 2017 , se acordó admitir únicamente el motivo tercero del recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.



2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Antonio Moraleda Blanco, en nombre y representación de Dña. Loreto , presentó escrito de oposición al mismo, por el contrario el fiscal solicitó la estimación del motivo tercero admitido del recurso.

3.- Presentada por la parte recurrida documental con su oposición y dado término de alegaciones a la parte recurrente, ésta formuló mediante escrito su oposición a dicha documental por extemporánea, solicitando el rechazo de la misma.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 18 de julio de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

El asunto que se somete a la decisión de la sala, se corresponde con el tercer motivo del recurso, que es el de la atribución de la vivienda familiar a la madre, sin limitación temporal, siendo privativa del recurrente y habiéndose acordado la guarda y custodia compartida de los hijos.

El motivo denuncia la infracción del artículo 96 CC y se apoya en la STS 593/2014, de 24 de octubre .

Aunque el supuesto de hecho de esta sentencia no es mismo que el de este recurso, se procede a transcribir su fundamento tercero:

«TERCERO.-

»...El problema para hacer efectivo este régimen de convivencia, es especialmente grave en situaciones de crisis económica, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, puesto que les obligará a disponer de su propia vivienda, además de la familiar, con tres viviendas en uso. También lo es cuando uno de ellos es titular de la vivienda en que la familia ha convivido y el otro carece de ella puesto que existe el riesgo de que no pueda cumplimentar esta alternancia en los periodos en que le corresponde vivir en compañía de los hijos, como es el caso. Lo cierto es que 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 periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. 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 art. 96 CC (SSTS 3 de abril y 16 de junio 2014 , entre otras).

»Pues bien, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia por lo que restar por analizar si se debe imponer una limitación del derecho de uso, armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda; aspecto en que debe casarse la sentencia.

»Es cierto que la situación económica de uno de los progenitores puede dificultar en algunos casos la adopción del régimen de custodia compartida y que sería deseable que uno y otro pudieran responder al nuevo régimen que se crea con la medida. Pero es el caso que esta medida no ha sido cuestionada y que en el momento actual es posible extender el uso hasta los dos años contados desde esta sentencia, teniendo en cuenta que se trata de una situación que la esposa ha consentido, y, por lo tanto, ha debido calcular su momento. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitir a la esposa rehacer su situación económica puesto que si bien carece en estos momentos de ingresos, cuenta con apoyos familiares y puede revertir, por su edad (nacida el NUM001 de 1977), y cualificación (química) la situación económica mediante al acceso a un trabajo, que incremente los ingresos que recibe tras la ruptura personal definitiva de su esposo, y le permita, como consecuencia, acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en ese mismo interés del menor, tienen estas y las demás medidas que puedan afectarle



teniendo en cuenta que la guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores, y que el principio que rige los procesos de familia es la posibilidad de cambio de las decisiones judiciales cuando se han alterado las circunstancias, por medio del procedimiento expreso de modificación de medidas».

La sentencia recurrida dictada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva -Sección 2.^a-, razona en el siguiente sentido:

«8.- Respecto a la atribución del que venía constituyendo el domicilio familiar, como ha declarado el Tribunal Supremo en una reciente sentencia, al acordar la custodia compartida se está estableciendo que los menores ya no residirán habitualmente en el domicilio de la madre, sino que con periodicidad semanal habitarán 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 los menores y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única [STS de 11 de febrero de 2016 (ROJ: STS 437/2016)]. Ponderando todas las circunstancias concurrentes en el caso de autos, atendiendo a los intereses más necesitados de protección y con el fin de asegurar el cumplimiento del régimen de guarda y custodia establecido y consecuentemente que las hijas menores puedan seguir relacionándose de forma fluida y continuada con sus padres, se atribuye el uso de la vivienda que constituía el domicilio familiar, sito en C/ DIRECCION000 núm. NUM000 de Palos de la Frontera, a la madre, que era la que la venía utilizando y en la que hasta ahora han convivido con ella las hijas menores, pues no obstante pertenecer dicha vivienda de forma privativa al padre y ser quien en consecuencia viene sufragando las cuotas del préstamo hipotecario que pesa sobre la misma, los menores ingresos de la madre, que alterna períodos de trabajos con períodos de desempleo (unos 550 euros; mensuales de media contabilizando el subsidio de desempleo), hacen prácticamente imposible que pueda pagar el alquiler de otro piso, mientras que el padre tiene unos ingresos superiores (900 euros; mensuales de media admitidos en el escrito de oposición al recurso) y además tiene a su disposición y al de las hijas la vivienda de los padres, sito en C/ DIRECCION001 núm. NUM002 NUM004 . NUM003 ., y que es en el que se venían utilizando para las visitas de fin de semana en el anterior régimen de guarda y custodia. A ello se ha de añadir, que las relaciones que han venido manteniendo los padres entre sí ponen en duda que en el caso de autos sea más beneficioso para los hijos que sean los padres los que ocupen por períodos alternativos la vivienda que constituía la vivienda familiar, pues el mantenimiento de esta en buenas condiciones para ser habitada dignamente por los hijos necesitaría de los cuidados por parte de los dos progenitores, además de los problemas que podrían plantearse ante la negativa por cualquier de ellos de desalojarla al finalizar el período en que le correspondería su uso, lo que repercutiría negativamente en los hijos».

El Ministerio Fiscal solicitó ante esta sala la estimación del recurso.

SEGUNDO .- *Motivo tercero, único admitido.*

Motivo tercero.- Se recurre también por interés casacional de acuerdo con el art. 477.2.3.º de la LEC , denunciando la infracción del art. 96 del Código Civil , al atribuir la vivienda familiar a la madre, sin carácter temporal, siendo privativa del recurrente y habiéndose acordado la guarda y custodia compartida de los hijos.

La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dictado una sentencia de fecha 24 de octubre de 2014 (recurso núm. 2119/2013 , ponente Sr. Jose Antonio Seijas Quintana), por la que establece que la regla aplicable para atribuir el uso de la vivienda familiar en caso de atribución a los padres la custodia compartida sobre los hijos menores, es el párrafo segundo del art. 96 CC , 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 si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos, o pertenece a un tercero. En ambos supuestos 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.

TERCERO .- *Decisión de la sala.*

Se estima el motivo.

Establecida la custodia compartida en la motivada sentencia dictada por la Audiencia Provincial, solo queda por determinar si la atribución indefinida de la vivienda familiar a la esposa e hijos, viola la jurisprudencia de esta sala.

Como declara la sentencia 294/2017, de 12 de mayo :

«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 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)».

De esta doctrina cabe extraer que concurren razones suficientes para admitir el recurso de casación, al haberse atribuido, en apelación, indefinidamente la que fue vivienda familiar a la esposa e hijos dado que, al alternarse la custodia entre padre y madre, la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad.

Sin perjuicio de ello y ponderando el interés más necesitado de protección se fija, por esta sala, el período de dos años, computables desde esta sentencia, con el fin de facilitar a ella y a las menores (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará para el uso exclusivo de su titular, que es D. Luis Miguel .

Junto con la oposición al recurso, la parte recurrida acompañó testimonio de denuncia contra el recurrente por presunto maltrato a una de sus hijas, al parecer, por haberle desobedecido. Dicha documentación no guarda relación con el hecho analizado, dado que no tiene conexión con la atribución de la vivienda, única cuestión analizada.

CUARTO .- *Costas y depósito.*

Estimado el recurso de casación no procede imposición de costas (arts. 394 y 398 LEC), procediendo la devolución del depósito para recurrir.

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

esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Luis Miguel contra sentencia de 16 de marzo de 2016, de la apelación 428/2015, de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Huelva . **2.º**- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de que la vivienda que fue familiar queda adscrita a los menores y madre, durante el período de dos años, computables desde la fecha de la presente sentencia, transcurrido el cual la vivienda quedará para el uso exclusivo de su titular registral. Se mantiene la sentencia en los demás extremos. **3.º**- No procede imposición de las costas de la casación, procediendo la devolución del depósito para recurrir. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.