



Roj: **STS 36/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:36**

Id Cendoj: **28079110012018100011**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/01/2018**

Nº de Recurso: **1712/2017**

Nº de Resolución: **7/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 7/2018**

Fecha de sentencia: 10/01/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: **1712/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/12/2017

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

Procedencia: Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: **1712/2017**

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. 7/2018**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D<sup>a</sup>. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 10 de enero de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de febrero de 2017, dictada en recurso de apelación 787/2016, de la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, dimanante de autos de juicio de divorcio contencioso 181/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Santander; recurso interpuesto ante la citada audiencia por D. Artemio , representado en las instancias por la procuradora Dña Eva Plaza López, bajo la dirección letrada de D. Luis Pedro Richardson Gómez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. M.ª Rosa García González en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Inés , representado por el procurador D. Ignacio Argos Linares, bajo la dirección letrada de Dña. María del Mar Revenga Nieto.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** Dña. Inés , representada por el procurador D. José Miguel Ruiz Canales y asistido del letrado D. Ángel E. Sánchez y Resina, interpuso demanda de separación contra D. Artemio y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se decrete, judicialmente, la separación del matrimonio, con todos los efectos legales inherentes a tal declaración y se apruebe la propuesta de medidas que ha de regular los efectos de la separación».

**2.-** El demandado D. Artemio , actuando en su representación la procuradora Dña. Eva Plaza López y bajo la dirección letrada de D. Luis P. Richardson Gómez, contestó a la demanda e interpuso demanda reconvenional.

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

«Por la que:

1.- Desestime declarar la separación legal de las partes al haberse solicitado reconvenionalmente la disolución del matrimonio por divorcio.

2.- Desestime las medidas propuestas por la actora para regular los efectos de la separación.

3.- Acuerde aprobar las medidas propuestas por la representación de D. Artemio que se acompañan como documento núm. 2 de la contestación a la demanda; o, alternativamente, las medidas propuestas por esta representación como documento núm. 3 de la contestación a la demanda».

Formuló demanda reconvenional con los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables y terminó suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:

«En la que se estime la presente reconvenición acordando declarar el divorcio del matrimonio formado por D. Artemio y Dña. Inés ».

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Santander se dictó sentencia, con fecha 1 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»Que estimando en su pedimento principal la demanda deducida por el Procurador Sr. Ruiz, en nombre y representación de Dña. Inés , contra D. Artemio , debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio formado por D. Artemio y Dña. Inés , con adopción de las siguientes medidas:

»1.- Corresponde a ambos progenitores la titularidad y ejercicio de la patria potestad (responsabilidad parental), precisándose el consentimiento de ambos, o, en su defecto, autorización judicial, para adoptar las decisiones que afecten a los aspectos más trascendentes de la vida, salud, educación y formación de la menor (a título de ejemplo: elección de cualquier facultativo, pediatra, ortodoncista, psiquiatra, psicólogo, tratamientos, intervenciones de cualquier índole, vacunación, elección o cambio de colegio, la realización de actividades extraescolares, cursos de idiomas en el extranjero, comunión, bautizo, etc.).

»En particular quedan sometidas a éste régimen y no podrán ser adoptadas unilateralmente por el progenitor custodio, las decisiones relativas a fijación del lugar de residencia de la menor, y los posteriores traslados de domicilio de ésta que le aparten de su entorno habitual; las referidas a la elección del centro escolar o institución de enseñanza, pública o privada, y sus cambios ulteriores; las relativas a la orientación educativa, religiosa o laica, y a la realización por la menor de actos de profesión de fe o culto propios de una confesión; el sometimiento de la menor, de menos de 16 años, a tratamientos o intervenciones médicas preventivas, curativas o quirúrgicas, incluidas las estéticas, salvo los casos de urgente necesidad; la aplicación de



terapias psiquiátricas o psicológicas a la menor y la realización por ésta de actividades extraescolares deportivas, formativas o lúdicas, y, en general, todas aquellas que constituyan gastos extraordinarios que deban satisfacerse por ambos progenitores.

»Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que unos de ellos pretenda adoptar en relación con la menor, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si, en el plazo de diez días naturales siguientes, aquel no lo deniega expresamente. En el supuesto que lo deniegue expresamente, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia.

»Las decisiones sobre aspectos o materias de la vida de la menor distintas de las enunciadas, así como las de prestación de asistencia sanitaria en caso de urgente necesidad, corresponde adoptarlas al progenitor que tenga consigo a la menor, en el momento en que la cuestión se suscite.

»Por otro lado, el progenitor con quien convive la menor habitualmente, vendrá obligado a informar al otro progenitor de todas aquellas cuestiones trascendentales en la vida de la menor, respecto de las cuales no pueda este último obtener directamente información. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no viva habitualmente la hija respecto de iguales cuestiones acaecidas en el tiempo que tenga consigo a la menor.

»Los progenitores tienen derecho a solicitar y obtener de terceros, sean personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, cuanta información obre en poder de éstos últimos sobre la evolución escolar y académica de su hija y su estado de salud física o psíquica.

»Asimismo el progenitor custodio, debe entregar al otro progenitor, junto con la hija, la documentación personal de ésta (libro de familia; pasaporte; D.N.I.; tarjeta sanitaria; cartilla de vacunación), que será devuelta a aquel al reintegrarle a la menor a la finalización de la estancia.

»Por último, el progenitor con quien convive la menor habitualmente deberá facilitar al otro la comunicación telefónica, telemática o por cualquier otro medio, al menos una vez al día, con la menor, debiendo éste respetar, en todo caso, los horarios de descanso y estudio de la menor. Igual deber pesa sobre el progenitor con quien no viva habitualmente en el tiempo que tenga consigo a la menor.

»2.- Se atribuye la guarda y custodia de la hija de forma compartida a los dos progenitores, desarrollándose la misma de la siguiente forma: a falta de acuerdo entre los progenitores, por semanas alternas, realizándose las entregas y recogidas los lunes a la salida del colegio.

»La mitad de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, correspondiendo al padre la primera mitad del periodo y a la madre la segunda mitad del periodo en los años pares, y a la inversa en los años impares. El día de Reyes, el progenitor al que no le corresponda el segundo periodo podrá estar en compañía de la menor desde las 13:00 horas hasta las 20:00 horas.

»La mitad de las vacaciones escolares de verano, correspondiendo al padre los días de vacación del mes de junio, del 11 al 20, del 1 al 10 de agosto y del 21 al 31 de agosto, y a la madre los días del 1 al 10 de julio, del 21 al 31 de julio, del 11 al 20 de agosto y los días de vacación del mes de septiembre en los años pares, y a la inversa en los años impares.

»3.- Se reconoce a los progenitores el derecho a estar con su hija, comunicarse con ella y tenerla en su compañía en la forma siguiente: a falta de acuerdo entre los progenitores, los miércoles de las semanas alternas en que, respectivamente, no ejerzan la guarda y custodia compartida.

»4.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar a la hija y a la madre.

»5.- La pensión de alimentos, en sus aspectos alimenticios (sustento), vestido y alojamiento será abonada directamente por los progenitores durante los periodos en que ejerzan, respectivamente, la guarda y custodia. La pensión de alimentos, en sus aspectos de asistencia sanitaria, educación e instrucción, será abonada por los progenitores mediante la apertura de una cuenta bancaria de titularidad de la menor y de disponibilidad conjunta por los progenitores, en la que éstos deberán abonar, por mensualidades anticipadas y dentro de los cinco primeros días de cada mes, las siguientes cantidades: la madre la cantidad de cien euros (100.-?) si se encuentra en situación de desempleo y la cantidad de ciento noventa euros (190.-?) si está trabajando, y el padre la suma de doscientos euros (200.-?); cantidades que se actualizarán el primer mes de cada año de conformidad con el índice de precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística.

»6.- Los gastos extraordinarios de la hija deberán ser satisfechos por mitad entre los progenitores, no incluyendo entre los mismos los gastos de matrícula escolar, libros y material escolar o ropa, ya que los mismos son gastos ordinarios. En lo relativo a las actividades extraescolares o de ocio, de carácter no necesario o no recomendadas bien por el colegio como refuerzo, bien por facultativo médico o por psicólogo,



sólo se deberán de asumir por mitad las que se realicen por la hija de común acuerdo por los progenitores, siendo, en caso contrario, asumido el coste de dichas actividades por aquel progenitor que unilateralmente haya decidido la realización de dicha actividad.

»En todo caso, los gastos extraordinarios que no tengan carácter urgente deberán ser consentidos por ambos progenitores. Notificada fehacientemente al otro progenitor la decisión que uno de ellos pretenda adoptar en relación con un gasto extraordinario de la hija, así como el importe del mismo junto con los documentos correspondientes, recabando su consentimiento a la decisión proyectada, se entenderá tácitamente prestado el mismo, si, en el plazo de diez días naturales siguientes, aquel no lo deniega expresamente. En el supuesto que lo deniegue expresamente, será precisa la previa autorización judicial para poder ejecutar la decisión objeto de discrepancia. Solo los gastos extraordinarios de carácter urgente y necesario, se podrán realizar sin previo consentimiento del otro progenitor o autorización judicial.

»Todo ello sin hacer especial imposición de las costas procesales».

**SEGUNDO.**- Interpuesto recurso de apelación por las representaciones procesales de ambas partes, la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria dictó sentencia, con fecha 22 de febrero de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos:

»1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D.ª Inés y estimar el formulado por la de D. Artemio .

»2) Revocar la sentencia de instancia a los solos efectos de:

»A) Precisar que el derecho de los progenitores de estar con su hija, comunicarse con ella y tenerla en su compañía se ejercerá, a falta de acuerdo entre ellos, en la forma siguiente: Los miércoles de semanas alternas en que, respectivamente, no ejerzan la guarda y custodia compartida, recogerán a la niña a la salida del colegio (o a las 14:00 horas de la casa del custodio si fueran días no lectivos) facilitando su regreso a la casa del progenitor que esa semana ostenta la guarda a las 20:00 horas del mismo día.

»B) Y establecer que la aportación de D. Artemio a la cuenta común, lo será en cuantía de 300 euros mensuales, pagaderos y actualizables en la forma señalada en la sentencia recurrida.

»La que se confirma en todos sus demás pronunciamientos.

»3) Y sin hacer imposición de las costas de esta alzada a ninguno de los litigantes».

**TERCERO.**- 1.- Por D. Artemio se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

Motivo único.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el núm. 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la violación del art. 96 del Código Civil , presentando interés casacional la resolución del recurso a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 27 de septiembre de 2017 , se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador D. Ignacio Argos Linares, en nombre y representación de Dña. Inés , presentó escrito de oposición al mismo; por su parte el Ministerio Fiscal interesó la estimación del mismo con las siguientes consideraciones:

«Por lo que consideramos debe estimarse el recurso atribuyendo a la esposa e hija el uso y disfrute de la vivienda familiar hasta la liquidación del régimen económico matrimonial o con un límite temporal máximo de tres años».

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- *Antecedentes* .

El recurso de casación, tiene por objeto la sentencia dictada en un juicio verbal de divorcio, con tramitación ordenada por razón de la materia, con acceso a casación por el cauce previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC que exige acreditar debidamente el interés casacional.



En ambas instancias se acuerda la custodia compartida respecto de la menor, nacida en fecha NUM000 de 2013, por semanas alternas, con régimen de visitas, se atribuye el uso de la vivienda familiar que lo es ganancial, a la hija y a la madre, se fija una pensión de alimentos a cargo de la madre de 100,00 euros mensuales, mientras esté en situación de desempleo y 190,00 euros cuando trabaje, y a cargo del padre de 200,00 euros, que posteriormente la Audiencia Provincial elevó a 300, 00 euros, gastos extraordinarios por mitad.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, se mantiene la custodia compartida, se aumenta el importe de la pensión de alimentos a cargo del padre, en la cuantía ya dicha, y por lo que interesa al presente recurso, se mantiene el uso de la vivienda familiar a favor de la hija y de la madre, sin limitación alguna. El padre y recurrente había solicitado se atribuyera el uso bien hasta la liquidación de la sociedad de gananciales y en su caso que se fijara por un plazo máximo de dos años.

La sentencia aquí recurrida, razona, después de citar la STS de 29 de mayo de 2014 , y aplicando el principio del interés del menor y su protección a través de uso de la vivienda familiar, lo siguiente: «aplicando al caso concreto la anterior doctrina es claro que no cabe establecer a la atribución del uso de la vivienda a favor de la hija y de la madre ningún límite temporal como el pretendido por la representación procesal de D. Artemio ».

Confirma el pronunciamiento de la sentencia dictada en primera instancia, en su fundamento de derecho cuarto, dispone: «[...] de la prueba practicada ha quedado acreditado que el domicilio familiar forma parte de la sociedad de gananciales, al menos no ha quedado acreditado lo contrario. Asimismo ha quedado acreditado que la hija y la progenitora residen actualmente en el mismo. Además, la actora (esto es, la madre) se encuentra en situación de desempleo, percibiendo el subsidio por desempleo; por el contrario el demandado trabaja, percibiendo los ingresos arriba señalados». En la sentencia recurrida en casación, fundamento de derecho quinto, relativo al importe de la pensión de alimentos a abonar a la hija menor, resulta que el padre tuvo unos ingresos líquidos mensuales, según el IRPF 2015, en torno a los 2.455 euros, que la madre está desempleada, percibiendo subsidio por desempleo, que D. Artemio debe procurarse su propio alojamiento.

El recurso de casación, al amparo del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC , se estructura en un único motivo fundado en la infracción del artículo 96 CC y en el que la parte recurrente alega interés casacional por contradecir la sentencia recurrida la doctrina del Tribunal Supremo, citando las siguientes SSTs: 576/2014 de 22 de octubre , 593/2014 de 24 de octubre , 434/2016 de 27 de junio , 544/2016 de 21 de julio y 42/2017 de 23 de enero .

Así dice el recurrente que la sentencia recurrida en casación infringe la doctrina de la sala en casos de custodia compartida, por cuanto el fallo implica de forma directa la privación *sine die* del uso de la vivienda al otro progenitor que es cotitular de la misma, cuando, por el contrario, la doctrina de la sala permite establecer un límite temporal prudencial en atención a las circunstancias del caso. Entiende que en el caso objeto de este recurso, debió aplicarse el párrafo 2.º del art. 96 CC , por analogía, que regula el supuesto en que existiendo varios hijos unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros con el otro, en cuyo caso resolverá el juez lo procedente, y no el párrafo primero. Considera el recurrente que debe casarse la sentencia por contradecir la doctrina del Tribunal Supremo, al aplicar automáticamente el párrafo primero del art. 96 CC impidiendo la posibilidad de establecer límites temporales prudenciales, atendidas las circunstancias del caso y la aplicación del principio de proporcionalidad, siendo más acorde con la doctrina invocada atribuir el uso de forma temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o por un plazo máximo de dos años.

## **SEGUNDO** .- *Motivo único.*

Motivo primero y único.- El recurso de casación se interpone al amparo de lo dispuesto en el número 3.º del apartado 2 del art. 477 LEC , denunciando la violación del art. 96 del Código Civil , presentando interés casacional la resolución del recurso a tenor de lo previsto en el art. 477.3 LEC pues contradice la doctrina del Tribunal Supremo.

Resumen de la infracción cometida:

En efecto, la sentencia denegó la petición de mi mandante de que se fijara un plazo en la atribución del uso (hasta la liquidación de la sociedad de gananciales o durante el plazo máximo de dos años) y otorga el uso de la vivienda familiar automáticamente a doña Inés y a su hija sin limitación alguna, por entender que se les debe atribuir dicho uso al convivir la madre con su hija menor de edad como forma de protección a la que no cabe establecer ningún límite temporal. Sin embargo, lo cierto es que la niña se desplaza al domicilio de ambos progenitores con los cuales convive en igualdad de condiciones y pasando el mismo tiempo tanto con el uno como con el otro.

Dicho sea ello con los debidos respetos, la interpretación de la Excm. Audiencia Provincial de Cantabria viola el art. 96 CC al aplicar el criterio prioritario de uso exclusivo de la vivienda familiar previsto para las custodias



exclusivas. Y lo infringe porque en el caso de la custodia compartida la menor ya no residirá habitualmente en el domicilio con la madre, sino que estará en compañía de los dos progenitores, de modo que la menor no tendrá una residencia familiar en una sola vivienda (de la cual son copropietarios los dos) sino en dos porque semanalmente habitará también en el domicilio del padre (en casa de sus abuelos paternos).

De hecho, actualmente y ante la situación de dos residencias, se viene aplicando analógicamente 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, que permite al juez resolver «lo procedente» y con la posibilidad de establecer 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 .

En definitiva, la actual corriente doctrinal establece que en los supuestos de una custodia compartida en el que la menor se desplaza al domicilio del progenitor con el cual convive semanalmente ya no se puede hacer adscripción de la vivienda familiar indefinida a la menor y al padre o madre con quien conviva.

Por esta razón resulta tener interés casacional el presente recurso por la necesidad de establecer como doctrina jurisprudencial la posibilidad de fijar límites temporales al uso de la vivienda en aquellas custodias compartidas en las que el menor convive con ambos progenitores, teniendo en cuenta los ingresos económicos de éstos pero independientemente de la titularidad privativa, de ambos o que pertenezca a un tercero. Ya que el vacío legal existente en el Código Civil en materia de atribución de la vivienda familiar en caso de custodia compartida de hijos menores está dando lugar a situaciones como la denunciada en que el progenitor cotitular queda «indefinidamente frustrado» de su derecho de uso, prorrogando esta situación de forma desproporcionada y contraria a la doctrina del Tribunal Supremo.

Desarrollo del motivo.-

La sentencia que es objeto de recurso la sentencia de veintidós de febrero de dos mil diecisiete dictada por la sección 2.ª de la Excma. Audiencia Provincial de Cantabria contradice las sentencias de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo siguientes:

1. Sentencia 576/2014, de 22-10-2014, rec. 164/2014 : Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier
2. Sentencia 593/2014, de 24-10-2014, rec. 2119/2013 ; Ponente: Seijas Quintana, José Antonio
3. Sentencia 434/2016, de 27-6-2016, rec. 1694/2015 ; Ponente: Seijas Quintana, José Antonio.
4. Sentencia 522/2016, de 21-7-2016, rec. 2187/2015 ; Ponente: Arroyo Fiestas, Francisco Javier.
5. Sentencia 42/2017, de 23-1-2017, rec. 3329/2015 ; Ponente: Baena Ruiz, Eduardo.

La sentencia recurrida se opone a las sentencias citadas del Tribunal Supremo y dicha contradicción es relevante para el fallo porque como implica de forma directa la privación sine die del uso de la vivienda al otro progenitor (cotitular de la vivienda); cuando, por el contrario, las sentencias del Tribunal Supremo permiten el establecimiento de un límite temporal "prudencial" en atención a las circunstancias del caso.

**TERCERO** .- *Decisión de la sala. Atribución de vivienda habitual, en caso de custodia compartida* .

Se estima el motivo.

Establecida la custodia compartida en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, solo queda por determinar si la atribución indefinida de la vivienda familiar, a la esposa e hija, viola la jurisprudencia de esta sala, única cuestión litigiosa ante 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 el conviva, pues ya la residencia no es única...».

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 hija dado que, al alternarse la custodia entre padre y madre, la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad ( sentencia 513/2017, de 22 de septiembre ).

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 la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, teniendo en cuenta que la madre tiene en la actualidad 39 años, y que pese a su situación de desempleo es licenciada en psicología, por lo que se encuentra en condiciones de encontrar trabajo, dada su adecuada capacidad para establecer metas y planes de empleo, como se deduce del informe psicosocial.

**CUARTO** .- Costas.

No se imponen la costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir ( arts. 394 y 398 LEC ).

## 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 de casación interpuesto por D. Artemio contra sentencia de 22 de febrero de 2017, dictada en el recurso de apelación 787/2016, por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Cantabria .

**2.º**- Casar parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de que la madre, junto con la menor, en los períodos asignados, podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante dos años, computables desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a ella y a la menor (interés más necesitado de protección), la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

**3.º**- No se imponen la costas de la casación, con devolución del depósito constituido 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.