



Roj: **STS 4617/2021 - ECLI:ES:TS:2021:4617**

Id Cendoj: **28079110012021100863**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2021**

Nº de Recurso: **1350/2021**

Nº de Resolución: **861/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO GARCIA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SA 891/2020,**
STS 4617/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 861/2021

Fecha de sentencia: 13/12/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1350/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/11/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE SALAMANCA. SECCION 1ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: EMGG

Nota:

CASACIÓN núm.: 1350/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 861/2021

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 13 de diciembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por doña Marisa , representada por el procurador don José Julio Cortés y González, bajo la dirección letrada de don Fernando Dávila González, contra la sentencia n.º 683/2020 dictada con fecha 1 de diciembre de 2020 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca en el rollo de apelación n.º 221/2018, dimanante del procedimiento de divorcio contencioso n.º 636/2017 del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca. Ha sido parte recurrida don Ambrosio , representado por el procurador don Diego Sánchez de la Parra y Septien y bajo la dirección letrada de doña María Manuela Lorenzo Domínguez.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio García Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora doña María del Carmen Vicente Pérez, en nombre y representación de don Ambrosio , interpuso una demanda de procedimiento de divorcio contencioso contra doña Marisa interesando que se decretase la disolución del matrimonio por causa de divorcio y se establecieran las medidas solicitadas. El 8 de mayo de 2017 fue turnada al Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca y registrada con el número 636/2017. Con fecha 9 de mayo de 2017 el procurador don Jose Julio Cortés en nombre de doña Marisa presentó demanda de divorcio frente a don Ambrosio , fue admitida a trámite por decreto de 11 de mayo de 2017 y por auto de 22 de mayo de 2017 se acordó acumular este procedimiento al seguido con el n.º 636/2017.

2. Tras seguirse los trámites correspondientes, contestadas las respectivas demandas de contrario así como por el Ministerio Fiscal, se acordó citar a las partes para la celebración de la vista que tuvo lugar el día 29 de noviembre de 2017 y practicados que fueron los medios de prueba propuestos y admitidos y formuladas las conclusiones, los autos quedaron vistos para sentencia dictando la juez sustituta del Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Salamanca sentencia de fecha 19 de diciembre de 2017 con el siguiente fallo:

"ESTIMO en parte la demanda de divorcio interpuesta por D. Ambrosio , representado por la Procuradora D^a. María del Carmen Vicente Pérez frente a D^a. Marisa , representada por el Procurador D. José Julio Cortés González y estimo en parte la demanda interpuesta por D^a. Marisa frente a D. Ambrosio y sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes DECLARO disuelto por causa de divorcio el vínculo matrimonial existente entre ambos, con todos los efectos legales inherentes a tal pronunciamiento, estableciéndose las siguientes medidas:

"- Se atribuye a D^a. Marisa la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, Cecilio , y Cesar . La patria potestad será compartida y ejercida por ambos progenitores.

"- Se atribuye durante dos años a los hijos y a la madre custodia el uso de la **vivienda familiar**, sita en la URBANIZACION000 de Salamanca, CALLE000 n.º NUM000 , en DIRECCION000 (Salamanca), así como del ajuar doméstico y mobiliario en ella existente, debiendo asumir el pago de los suministros ordinarios y gastos de comunidad.

"- REGIMEN DE VISITAS: D. Ambrosio podrá tener a sus hijos en su compañía los fines de semana alternos desde la salida del colegio el viernes, en donde los recogerá, a las 20:00 horas del domingo; si el fin de semana coincide con un puente escolar estarán en su compañía desde el comienzo del puente hasta el día que finalice a las 20:00 horas, así como todos los miércoles desde la salida del colegio a las 19:00 horas. Los menores serán entregados y recogidos en la puerta del domicilio materno con el fin de normalizar la nueva situación **familiar**

"- VACACIONES:

"- Las vacaciones de verano se establecen seis periodos: 1) desde el día siguiente a la finalización del curso en el mes de junio hasta el 30 de junio; 2) desde el día 1 de julio a las 11:00 horas hasta el 15 de julio; 3) desde el 16 de julio a las 11:00 horas al 31 de julio; 4) del 1 de agosto a las 11:00 al 15 de agosto; 5) del 16 de agosto a las 11:00 horas al 31 de agosto; 6) 1 de septiembre hasta el día anterior al comienzo del curso escolar.

"- Las de semana santa las pasarán los menores con ambos por mitad y comenzarán desde las 10:00 horas del día siguiente al comienzo de las vacaciones hasta el día anterior al comienzo de las clases a las 20:00 horas.

"- Las de navidad se repartirán en dos periodos que van, el primero desde el primer día de vacaciones escolares hasta el día treinta de diciembre y el otro desde el día treinta y uno de diciembre a las 11:00 horas hasta el siete de enero a las 20:00 horas.



- " Así mismo el día de Reyes el día del cumpleaños de los menores, día del padre y día de la madre el progenitor que no tenga a sus hijos podrá disfrutar de su compañía desde las 17:00 horas hasta las 20:00 horas.
- " La madre elegirá los años impares los periodos vacacionales que desee pasar con sus hijos y el padre los pares.
- "- El padre abonará en concepto de pensión de alimentos para sus hijos la cantidad de TRESCIENTOS EUROS MENSUALES (300,00 €/mes) por cada uno, total SEISCIENTOS EUROS (600,00 €/mes) durante dos años, a contar desde la firmeza de esta sentencia. Pasados esos dos años abonará CUATROCIENTOS CINCUENTA EUROS MENSUALES por cada uno (450,00 €/mes), total NOVECIENTOS EUROS (900,00 €/mes). Tal cantidad deberá ser abonada dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente designada por la esposa y se actualizará anualmente según la variación que experimente el I.P.C.
- "- En cuanto a los gastos extraordinarios que genere la educación o salud de sus hijos, no cubiertos por sistemas públicos, serán sufragados por los padres por mitad y deberán ser consensuados antes de contraerlos.
- "- D. Ambrosio abonará a como pensión compensatoria a D^a. Marisa la cantidad de TRESCIENTOS euros mensuales por dos años (300,00 € /mes), ingresando esta cantidad en la cuenta que a tal efecto se designe y deberá abonarse dentro de los cinco primeros días de cada mes.
- " En los periodos vacacionales que le correspondan a la madre los menores podrán viajar a Eslovaquia, previa comunicación al padre de la fecha salida y llegada. Salvo esta excepción, los menores no podrán salir del territorio español sin acuerdo de ambos progenitores, o, en caso de discrepancia, previa autorización judicial.
- " Una vez firme esta sentencia, remítase testimonio de la misma al Registro Civil de DIRECCION000 (Salamanca) en donde figura inscrito el matrimonio para que se haga la oportuna anotación marginal en el asiento correspondiente al matrimonio de los cónyuges a los que afecta".
- SEGUNDO. Tramitación en segunda instancia**
1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Ambrosio y también por la representación de Marisa . Dado traslado de la interposición de los recursos a las contrapartes, se presentaron en tiempo y forma sendos escritos de oposición haciendo las alegaciones que estimaron oportunas en defensa de sus respectivas pretensiones. Conferido traslado al Ministerio Fiscal, emitió informe interesando la confirmación de la resolución recurrida.
2. La resolución de los recursos correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Salamanca, que lo tramitó con el número de rollo 221/2018 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia n.º 683/2020 de 1 de diciembre de 2020, con la siguiente parte dispositiva:
- "III.-FALLAMOS
- " Estimando parcialmente tanto el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Ambrosio , como el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D^a. Marisa , contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1^a Instancia número 8 de Salamanca con fecha 19 de diciembre de 2017, en los autos originales de que el presente Rollo dimana, debemos revocarla parcialmente para modificar los siguientes aspectos:
- "1.- Se atribuye a los hijos y a la madre el uso de la **vivienda familiar**, sita en la URBANIZACION000 de salamanca, en DIRECCION000 hasta el 31 de julio del 2021.
- "2.- El padre abonará en concepto de pensión de alimentos para sus hijos, hasta el 31 de julio de 2021, la cantidad de 200 euros mensuales para cada uno. Con posterioridad, la pensión de alimentos pasará a ser de 350 euros mensuales por hijo.
- "3.- El régimen de visitas: D. Ambrosio podrá tener a sus hijos, además de los fines de semana alternos, todos los martes y jueves desde la salida del colegio hasta las 19:30 horas. Se confirma el resto del régimen de visitas.
- " El padre podrá comunicar telefónicamente con sus hijos los días en los que no estén en su compañía, sin perturbar sus horarios habituales.
- "4.- Los menores podrán viajar a los países miembros de la Unión Europea y también a los países del espacio Schengen en compañía del progenitor en cuya compañía se encuentren, previa comunicación al otro progenitor del lugar y fecha de salida y llegada al domicilio **familiar**. Salvo esta excepción, los menores no podrán salir del territorio español sin acuerdo de ambos progenitores, o, en caso de discrepancia, previa autorización judicial.



" Y confirmamos la sentencia en todo lo demás, sin que proceda hacer imposición de las costas causadas por el recurso de apelación, con devolución a los recurrentes del depósito constituido".

TERCERO. *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. La representación de doña Marisa interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca suplicando de la sala que se dicte sentencia que estime el recurso procediendo a casar la sentencia y atribuyendo el uso del domicilio **familiar** a los hijos y a su madre, sin la limitación temporal impuesta en la sentencia que se recurre. Formula el recurso de casación al amparo de lo previsto en el art. 477.2.3º de la L.E.C. al oponerse a doctrina jurisprudencial y que introduce con el siguiente encabezamiento: "[...] "ÚNICO. - Al amparo del 477.2.3º de la LEC, por infracción de lo dispuesto en el artículo 96 del C.C.. Existencia de interés casacional por oponerse a la doctrina jurisprudencia de esa Sala respecto a que la atribución del uso de la **vivienda familiar** a los hijos menores de edad no puede ser limitada por el Juez".

2. Recibidas las actuaciones en esta Sala, por auto de fecha 2 de junio de 2021 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito el procurador don Diego Sánchez de la Parra Septien, solicitando de la sala que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación y confirme íntegramente la sentencia recurrida. El Ministerio Fiscal presenta escrito en el que manifiesta su apoyo al recurso interpuesto.

3. Por providencia de 8 de octubre de 2021 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista pública, señalándose para votación y fallo el 30 de noviembre de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Formulada demanda de divorcio por D. Ambrosio contra su esposa D.^a Marisa, quien, por su parte, también la formuló contra aquel, el juzgado de primera instancia, previa acumulación de procesos, dictó sentencia en la que declaró disuelto por causa de divorcio el vínculo matrimonial existente entre ambos y determinó las medidas derivadas de la disolución, entre ellas, y por lo que ahora interesa, la relativa al uso de la **vivienda familiar**, así como del ajuar doméstico y mobiliario en ella existente que atribuyó, "[d]urante dos años a los hijos y a la madre custodia [...] debiendo asumir el pago de los suministros ordinarios y gastos de comunidad", con el siguiente razonamiento, expuesto en el apartado 2), del fundamento de derecho primero:

"El domicilio **familiar** lo es en la URBANIZACION000 de Salamanca, CALLE000 nº NUM000, en DIRECCION000 (Salamanca), **vivienda** propiedad privativa del Sr. Ambrosio gravada por un crédito hipotecario por el que abona mensualmente la cantidad de 827,92 euros, según la documental aportada con la demanda, documento nº 20, y actualizada en la vista al mes de noviembre de 2017. En medidas provisionales se tribuyó (sic) su uso a los hijos y a la madre en cuya custodia quedan. El Sr. Ambrosio, tras la separación, reside con su padre.

"En la demanda inicial por el Sr. Ambrosio se solicita se le otorgue el uso de la **vivienda familiar**; Por (sic) la Sra. Marisa se solicita se le otorgue a ella.

"Establece el artículo 96 CC que "en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la **vivienda familiar** y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse de que (sic) el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección...".

"La Ley tiene especial preocupación en otorgar una protección a la **vivienda familiar**, tanto en situación normal como de crisis. Esa protección se deduce del concepto de **vivienda** derivado de los artículos 90.b, 91, 96 CC y 103.2 CC donde la **vivienda** no es un mero concepto patrimonial sino un bien adscrito al servicio del conjunto **familiar**, independientemente de la titularidad de aquella, como ha manifestado la sentencia de la AP Las Palmas, de 12 de julio de 2002. En este sentido, la atribución de la **vivienda familiar** constituye una cuestión de orden público. Es una consecuencia de la crisis matrimonial que lleva a la necesidad de un cese de la convivencia matrimonial de ahí que, en principio, se atribuya a uno y el otro cónyuge haya de salir de la **vivienda** para evitar conflictos entre ellos.

"La jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en la materia cuando existen hijos menores fruto del matrimonio. La STS de 30 de septiembre de 2011 (ponente Excm. Sra. Roca Trías) la resume del siguiente



modo: "esta Sala ha decidido el caso planteado en este litigio en las SSTs 221/2011, de 1 abril, 236/2011, de 14 de abril y 451/2011, de 21 junio. La STS 221/2011, de 1 abril, sentó la siguiente doctrina: la atribución del uso de la **vivienda familiar** a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC, doctrina que se ha reiterado en la STS de 236/2011, de 14 abril".

"En el presente caso, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, obliga a una labor de ponderación con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que no es otro que los hijos. En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la **vivienda familiar** es privativa del esposo, y cabe 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.

"Por todo ello procede atribuírsela a la madre y a los hijos en cuya custodia quedan por tiempo de dos años. La **vivienda**, como se ha expuesto, es privativa del marido y de la entidad IBERCAJA, pues debe 243.078,69 euros a esta entidad abonando mensualmente 827,92 euros en concepto de cuota hipotecaria, además de los gastos de propiedad como IBI y seguros. Tiene que abonar las cantidades que mas (sic) adelante se fijaran (sic) como pensión de alimentos a sus hijos y compensatoria a la esposa. Estos dos años que se fijan es tiempo suficiente para liquidar la sociedad de gananciales y permitirán a la esposa rehacer su situación económica, puesto que, si bien carece en estos momentos de ingresos, por su edad, 32 años, y por sus estudios, es licenciada en Filología Hispánica, puede acceder a un trabajo que le permitan (sic) obtener ingresos y, como consecuencia, contribuir a una **vivienda** digna para atender a las necesidades de sus hijos".

2. La sentencia anterior fue recurrida en apelación tanto por el Sr. Ambrosio como por la Sra. Marisa, que solicitaron, en relación con el uso de la **vivienda familiar**, su mobiliario y enseres, única cuestión que es objeto del recurso de casación:

El Sr. Ambrosio, que fuera para sus hijos y para él en el caso de que se le atribuyera, pretensión que también planteaba, la guardia y custodia exclusiva de los menores o, en su caso, la guardia y custodia compartida; o bien, para el supuesto de atribuirse la guardia y custodia exclusiva a la madre, que el uso para ella y los hijos fuera por un tiempo de seis meses, ya que el inmueble era un bien privativo suyo y, además, estaba asumiendo un gasto mensual de unos 1.000€.

Y la Sr. Marisa, que la atribución a ella y a los menores del uso de la **vivienda familiar** lo fuera hasta que estos se emanciparan.

La sentencia dictada por la Audiencia resolvió la cuestión atribuyendo a los hijos y a la madre el uso de la **vivienda familiar** hasta el 31 de julio del 2021.

La razón de la decisión se expone en el fundamento de derecho cuarto en el que se dice:

"Se impugna también en el recurso de D. Ambrosio el pronunciamiento sobre el uso de la que era la **vivienda familiar**. Se relata que el domicilio **familiar** es en principio **vivienda** privativa del recurrente, situada en la URBANIZACION000 de Salamanca sita en DIRECCION000, gravada con un crédito hipotecario por el que abona mensualmente más de 800 euros, del que falta un volumen importante por amortizar. La sentencia acuerda atribuir el uso de la **vivienda** a la madre y a los hijos en cuya compañía quedan por un tiempo de dos años.

"Por el progenitor se solicita que se le atribuya a él el uso de la **vivienda** por ser privativa, y que a lo sumo se le atribuyera el uso a la esposa por seis meses, los cuales ya han transcurrido.

"Por la (sic) D^a. Marisa también se recurre la atribución del uso temporal de la **vivienda familiar**, considerando que es una medida de protección que se aplica con independencia de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que considera que limitar la atribución de la **vivienda** habitual por tiempo de dos años a la madre y a los hijos en cuya custodia quedan supondría una desprotección de los mismos, solicitando se señale la atribución de la misma sin tiempo concreto y hasta la emancipación de los hijos.

"Procede mantener la argumentación de la sentencia de instancia, en el sentido de que procede ponderar, en primer lugar, el interés más necesitado de protección, que no es otro que el de los hijos. Pero también, conforme a la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, teniendo en cuenta que la **vivienda familiar** es privativa del esposo, y que sobre la **vivienda** pesa un elevado crédito hipotecario, siendo una importante carga el abono de la cuota mensual, que una vez rota la convivencia y la economía **familiar** pueden considerar oportuno replantear.

"Por ello, procede mantener el criterio de atribuir el uso de la **vivienda** a la madre y a los hijos en cuya compañía quedan por un tiempo limitado. Se considera escaso el plazo de dos años establecido por la sentencia habida cuenta que la progenitora necesita tiempo para poder acceder al mercado laboral y obtener ingresos propios,



por lo que procede ampliar tal periodo. Habida cuenta del tiempo transcurrido desde la sentencia de instancia, se considera suficiente mantener la atribución del uso de la **vivienda** a la madre hasta el mes de julio incluido del próximo año 2021. Con ello ha transcurrido un periodo razonable desde la sentencia de divorcio, también dispone la progenitora de un plazo suficiente para la búsqueda de un nuevo hogar, y no se afecta a la estabilidad de los menores durante el curso escolar".

3. Disconforme con la sentencia anterior, la Sra. Marisa ha interpuesto recurso de casación.

SEGUNDO. Motivo del recurso. Alegaciones del recurrido y del Fiscal. Decisión de la sala

Motivo del recurso

1. El recurso de casación se funda en un motivo único que se introduce con el siguiente encabezamiento: "Al amparo del 477.2.3º de la LEC, por infracción de lo dispuesto en el artículo 96 del C.C. Existencia de interés casacional por oponerse a la doctrina jurisprudencia (sic) de esa Sala respecto a que la atribución del uso de la **vivienda familiar** a los hijos menores de edad no puede ser limitada por el Juez" (en el texto original subrayado y en negrita).

La recurrente dice: (i) que "La sentencia recurrida presenta interés casacional por oponerse a la doctrina de esa Sala, contenida entre otras en las sentencias de 1 y 14 de abril, 21 de junio y 30 de septiembre de 2011, reiterada expresamente en las sentencias nº 181/2014 de 03-04-2014 nº 297/2014 de 02-06-2014 y nº 282/2015 de 18-05-2015 [...]"; y (ii) que la justificación de la sentencia recurrida para limitar la atribución del uso "[n]o es admisible porque como tiene dicho ese Alto Tribunal en la sentencia ya citada de 18 de mayo de 2015, "hay que reconocer que la interpretación que se efectúa en la sentencia recurrida, no solo se opone a lo que establece el art. 96.1, sino que se dicta con manifiesto y reiterado error y en contra de la doctrina de esta Sala, incluida la sentencia de 17 de junio de 2013, según la cual "hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no **familiar** de la **vivienda** sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de **familiar** si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la **vivienda** por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios...".

Alegaciones del recurrido y del Fiscal.

2. El Sr. Ambrosio se opone al recurso alegando: (i) que el recurso ignora "la última jurisprudencia de esta Sala, en que se obliga a hacer una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso" (se citan, por este orden, las sentencias 522/2016, de 21 de julio, 434/2021, de 27 de junio y 624/2011); (ii) que "la recurrente [...] cuenta con formación universitaria, habla varios idiomas, contando con un buen estado de salud y con una edad que con su curriculum profesional es fácil acceder al mercado laboral, cuando se busca, ya que en este caso concreto la recurrente no se ha molestado ni siquiera en darse de alta en el Servicio Estatal De Empleo Público (SEPE)"; (iii) y que "Además, el interés de los menores queda plenamente protegido en este caso, ya que tal y como establece la sentencia objeto de este recurso, cuando cese el uso y disfrute de la **vivienda familiar**, se incrementará la pensión de alimentos que [...] debe abonar mensualmente por cada hijo en la suma de 350 €, haciendo un total de 700 € mensuales por los dos hijos menores".

El Fiscal apoya el recurso interpuesto, porque la limitación que establece la sentencia recurrida contradice la doctrina jurisprudencial (cita la sentencia de 17 de junio de 2013 y las núm. 221/2011, 181, 297, 301 y 660 de 2014, 282/2015, y 241/2019).

Alega, en este sentido, que la sala "[v]iene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil", pero que "Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la **vivienda familiar** en supuestos similares pues a ninguno se refieren las "resoluciones más recientes" que dice la sentencia, sin citarlas".

Decisión de la sala

3. El recurso debe ser estimado.

La doctrina que procede aplicar en el presente caso es la que refiere la recurrente, iniciada con la sentencia 671/2012, de 5 de noviembre, y que luego ha sido reiterada por otras muchas, incluida la 241/2019, de 2 de junio de 2020, citada por el fiscal, hasta la última, que es la 351/2020, de 24 de junio en la que se declara:

"[...] la atribución del uso de la **vivienda familiar** a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC.



"[...] esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la **vivienda** a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la **vivienda** habitual, implicaría la vulneración de los derechos de los hijos menores, derechos que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor.

"[...] Es cierto que esta sala viene admitiendo en algunas resoluciones recientes la concurrencia de supuestos excepcionales que pudieran mitigar las consecuencias del inflexible rigor en la aplicación del artículo 96.1 del Código Civil. Lo que no es posible es que esta alegación sirva de argumento en la sentencia para contravenir la reiterada doctrina de esta sala sobre el uso de la **vivienda familiar** en supuestos similares pues a ninguno se refieren las "resoluciones más recientes" que dice la sentencia, sin citarlas.

" Lo que dice esta sala -sentencia de 17 de junio de 2013- es lo siguiente:

" Hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no **familiar** de la **vivienda** sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de **familiar** si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la **vivienda** por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios".

" Consecuencia de lo cual es la siguiente doctrina:

"la atribución del uso de la **vivienda familiar** a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC" (221/2011, 1 de abril; 181/2014, 3 de abril; 301/2014, de 29 de mayo; 297/2014, 2 de junio; 660/2014, de 28 de noviembre; 282/2015, de 18 de mayo [...]).

Es claro, que la sentencia recurrida ha desatendido esta doctrina al limitar la atribución del uso de la **vivienda** a los menores sin ampararse en alguno de los factores que hemos establecido para mitigar el excesivo rigor que se deriva de la automática aplicación de la norma contenida en el art. 96 CC cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges.

Y también lo es, además, que esos factores tampoco se pueden considerar concurrentes. El carácter **familiar** de la **vivienda** litigiosa ni siquiera ha sido controvertido. Y la posibilidad de que los hijos no la precisaran, al encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación por otros medios, ni se ha llegado a plantear.

Junto a lo anterior, también cabe anotar: (i) que la sentencia alude a una "última jurisprudencia" de este tribunal que no identifica y cuyo contenido, por lo tanto, no podemos verificar; (ii) y que ninguna de las sentencias citadas por el recurrido resulta de aplicación: la 522/2016, porque trata de la atribución de la **vivienda familiar**, pero en un caso de custodia compartida; la 434/2021, que está fechada el 22 de junio, no el 27, día en el que no se dictó ninguna, porque se ocupa de un caso que no tiene relación alguna con el presente; y la 624/2011, porque trata de la atribución del uso de la **vivienda** al cónyuge más necesitado de protección, pero cuando no existen hijos menores, sino mayores de edad.

En consecuencia, procede estimar el recurso de casación para, asumiendo la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Marisa en lo relativo al uso de la **vivienda familiar**, que, de conformidad con lo que solicita, procede atribuir al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio hasta la emancipación de estos.

TERCERO. Costas y depósitos

Al estimarse el recurso de casación no se condena en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes (art. 398.2 LEC) y se dispone la devolución del depósito constituido para interponerlo (apartado 8 de la disposición adicional decimoquinta LOPJ).

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.ª Marisa contra la sentencia dictada por la Sección núm. 1 de la Audiencia Provincial de Salamanca (recurso de apelación 221/2018) en el siguiente sentido.



2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por D.ª Marisa contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Salamanca (Divorcio Contencioso 636/2017.3) en lo relativo al uso de la **vivienda familiar** que se atribuye al progenitor custodio y a los hijos del matrimonio hasta la emancipación de estos.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación a ninguno de los litigantes.

4.º- Disponer la devolución del depósito constituido para interponer el recurso de casación.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ