



Roj: **STS 3057/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3057**

Id Cendoj: **28079110012016100414**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2016**

Nº de Recurso: **1694/2015**

Nº de Resolución: **434/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 27 de junio de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de juicio sobre modificación de medidas n.º 254/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Bilbao, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Cesareo , representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña Concepción Muñiz González; siendo parte recurrida doña Maite , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Unzueta Crespo. Autos en los que también ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- El procurador don Oscar Hernández Casado, en nombre y representación de don Cesareo , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas definitivas de divorcio, contra doña Maite y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«Se establezca el uso compartido de la vivienda familiar por periodos semanales de lunes a lunes, de manera que Loreto no tenga que salir del mismo y sean ambos progenitores quienes alternen su uso.

»Que las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano se repartan entre los progenitores por mitades, estableciéndose dos periodos, siendo los de navidad y semana santa seguidos y las de verano repartiéndose por periodos quincenales en los meses de julio y agosto y eligiendo la madre en los años pares y el padre en los impares los periodos en que disfrutarán de la compañía de su hija, avisándose con al menos un mes de antelación a efectos de organizar sus vacaciones.

»Que se establezca una contribución de cada progenitor para hacer frente a las cargas familiares de 600 euros cada uno. Dichas cargas comprenderían el abono de las amortizaciones del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, así como los gastos de consumo de la vivienda y los gastos escolares y de comedor, así como los propios de vestido de Loreto , haciéndose cargo de los gastos de alimentación de la menor cada progenitor en el periodo en que conviva con su hija en la vivienda familiar.

»Con expresa imposición de costas a la parte demandada caso de oponerse a la presente demanda».

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.



2.- La procuradora doña Beatriz Unzueta Crespo, en nombre y representación de doña Maite , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

«desestimando íntegramente la demanda presentada y declarando no haber lugar a la modificación pretendida de adverso acordando mantener las medidas dictadas en la sentencia de divorcio de 17 de mayo de 2011».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n° 5 de Bilbao, dictó sentencia con fecha 19 de noviembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO

«Se acuerda desestimar la demanda formulada por el procurador don Oscar Hernández Casado, en nombre y representación de don Cesareo contra doña Maite , con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Cesareo . La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

« Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DON Cesareo , representado por el Procurador D. Óscar Hernández Casado, contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2014 por el Juzgado de Primera Instancia n° 5 de los de Bilbao , en los autos de Modificación de Medidas Definitiva n° 254/14, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS la misma en el sentido de acordar:

»1.- La guarda y custodia de la menor Loreto sea compartida por semanas alternas entre Dña. Maite y D. Cesareo , debiendo realizarse el cambio de custodia todos los lunes a la entrada del colegio o en su caso a las 9 horas cuando no haya colegio, permaneciendo en su compañía hasta el lunes siguiente.

»2.- La menor Loreto estará con el progenitor con quien no pase la semana, desde la salida del colegio, o, en su caso, las 17 horas, dos días entre semana, que, salvo pacto en contrario, serán los martes y jueves, hasta las 21 horas.

»3.- Las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, se dividirán en dos periodos iguales, correspondiendo al padre elegir el periodo de estancia con su hija los años impares y a la madre los años pares, quedando en suspenso el régimen de custodia establecido semanalmente, que se reanudará una vez finalizado el periodo vacacional.

»4.- Los gastos ordinarios básicos de la menor serán de cuenta del progenitor con quien se halle en cada momento, acordándose además que ambos progenitores ingresen cada uno de ellos el importe de 200 euros mensuales, que se efectuará en los cinco primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria abierta a nombre del menor, actualizable anualmente conforme al IPC que fije el INE, en la que se domiciliarán los gastos fijos de la menor que sean posibles.

»5.- Los gastos extraordinarios será satisfechos por mitad e iguales partes entre ambos progenitores.

»Todo ello sin condena de las costas procesales causadas en la primera y en esta segunda instancia.

»Devuélvase a Cesareo el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución».

CUARTO- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Cesareo con apoyo en el siguiente: Motivos: Único.- Por considerar que en la resolución impugnada, se había resuelto respecto del uso de la vivienda familiar en contradicción con las SSTs de 22 y 24 de octubre de 2014 , al haber asignando el uso a la madre, hasta que la hija en común adquiriera la mayoría de edad.

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 27 de enero de 2016 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, procuradora doña Beatriz Unzueta Crespo, en nombre y representación de doña Maite no presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando que apoya el recurso de casación, cree que debe limitarse el uso de la vivienda familiar a la madre, no hasta que la hija alcance la mayoría de edad, sino en un plazo prudencial de uno o dos años.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 14 de junio de 2016, en que tuvo lugar



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en casación un único pronunciamiento de la sentencia: el que se refiere al uso y disfrute de la vivienda familiar que la sentencia, estableciendo un régimen de guarda y custodia compartido, atribuye a la esposa hasta que la hija común, Loreto , nacida el NUM000 de 2004, alcance la mayoría de edad, «a los efectos de evitar perjuicios a la menor a consecuencia de los problemas que surgirían por compartir por semanas el mismo domicilio... y ello en armonía con los dos intereses contrapuestos: el del cotitular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que la hija permanece con él, y el de la hija pueda comunicarse con su madre en una vivienda».

El recurso se formula por oposición a la jurisprudencia de esta Sala contenida en la sentencia de 24 de octubre de 2014 (también se cita la de 22 de octubre de 2014), según 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 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)».

El recurso se estima.

Lo resuelto contradice las sentencias de esta Sala de 22 y 24 de febrero de 2014 . Lo "procedente", que señala el artículo 96 CC , no es lo que la sentencia decide y además lo que decide es absolutamente contradictorio desde el momento en que dice, primero, proteger el derecho del cotitular de la vivienda a disfrutar de ella, «que quedaría indefinidamente frustrado», y establece, después, un límite al derecho de uso que remite a la mayoría de edad de la hija, porque cuando esto ocurra ya no existirá una custodia compartida y la hija podrá permanecer con aquel de los progenitores que desee, apartando al padre, cotitular de la vivienda, de su uso durante todo el tiempo que resta hasta que su hija alcance esa mayoría. La ponderación de los intereses en juego no ha sido correcta pues en ningún caso se ha procurado una correcta armonización los intereses contrapuestos: el del cotitular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitirle disponer de ella, incluso en los periodos en que la hija permanecerá con él, y el de la hija a relacionarse con su madre en una vivienda, estando como está la esposa en mejor situación económica que el esposo para proporcionarla durante este periodo una vivienda adecuada a sus necesidades, sin poner en riesgo el régimen instaurado de custodia compartida pues ambos progenitores pueden responder al nuevo régimen que se crea con la medida.

Siendo así, el interés más necesitado de protección ya ha sido valorado en la sentencia. Es la esposa la que ha venido disfrutando del domicilio hasta ahora y la que se mantendrá en el mismo durante un año más contado desde esta sentencia. Se trata de un tiempo suficiente que va a permitirle buscar una nueva vivienda, como hizo el esposo, para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, siempre con la relatividad que, en 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.

SEGUNDO.- Procede, en cuanto a costas, y no hacer especial declaración de las originadas por el de casación, en correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 LEC en relación con el 398 LEC .

FALLO

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, interpuestos por don Cesareo , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4ª, en fecha 31 de marzo de 2015 , en el único sentido de fijar un límite temporal de un año desde esta sentencia al uso de la vivienda familiar concedido a doña Maite , transcurrido el cual quedará la misma expresamente desafectada. Se mantiene en todo lo demás.



2.º- No se hace especial declaración de las originadas por el recurso de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ