

Roj: STS 2907/2012
Id Cendoj: 28079110012012100277
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2033/2010
Nº de Resolución: 257/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: ENCARNACION ROCA TRIAS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4ª, por **D.ª Esmeralda**, representado por la Procuradora de los Tribunales D.ª Begoña Fernández de Gamboa Irarragorri, contra la Sentencia dictada, el día 8 de septiembre 2020, por la referida Audiencia y Sección, que resolvió el recurso de apelación nº 16/10, interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Bilbao, en los autos de divorcio nº 565/06. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dña. BEATRIZ RUANO CASANOVA, en nombre y representación de D.ª Esmeralda, personándose en calidad de parte recurrente. No se ha personado el recurrido en las presentes actuaciones. Es interviniente el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Bilbao, interpuso demanda de divorcio, D.ª Esmeralda, contra D. Ceferino. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... se dicte sentencia en la que estimando la demanda se DECLARE HABER LUGAR A LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO CONSTITUIDO POR DON Ceferino Y DOÑA Esmeralda POR DIVORCIO, estableciéndose asimismo la modificación de la medida de custodia y en su razón, confiriéndose la misma a la demandante, así como la atribución del uso del domicilio conyugal a la actora e hijo.*

Con imposición de las costas a la parte demandada en caso de oponerse a la presente demanda".

Admitida a trámite la demanda, fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Ceferino los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... dictar Sentencia en la que desestimando la modificación de medidas solicitada por la parte actora, se determine la disolución por divorcio del matrimonio de Doña Esmeralda y Don Ceferino confirmando las medidas adoptadas por la Sentencia dictada por la sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia de fecha 24 de Febrero de 2006 en la apelación de los autos de separación matrimonial 328/04".*

El Ministerio Fiscal, presentó escrito alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: *"...se dicte sentencia conforme al resultado de la prueba practicada".*

Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó convocar a las partes para la celebración de la oportuna Vista, la que se celebró en el día y hora señalado y con asistencia de las partes, ratificándose cada una de ellas en sus respectivos escritos, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia 5 de Bilbao, dictó Sentencia, con fecha 9 de julio de 2009 y con la siguiente parte dispositiva: *"FALLO: Que estimando parcialmente la demanda de divorcio formulada por la Procuradora Dña. Begoña Fernández de Gamboa Irarragorri, en nombre y representación de Dña. Esmeralda, contra D. Ceferino, con Procuradora Dña. María Leceta Bilbao, debo decretar y decreto el divorcio del matrimonio contraído entre los expresados, manteniendo las medidas definitivas del proceso de separación con las siguientes salvedades:*

1.- Se modifica el régimen de comunicación, visitas y estancias, de forma que a falta de acuerdo entre las partes, tendrán lugar del siguiente modo:

COMUNICACIONES TELEFÓNICAS. La madre podrá comunicar con el hijo por teléfono una vez al día cuando no tenga al menor en su compañía o no haya estado con el menor ese día, durante un máximo de cinco minutos, a las 16.00 horas en las vacaciones escolares y a las 20.00 horas durante en el resto del año, con obligación del demandado de facilitar a la actora el número de teléfono fijo o móvil en el que contactar con el menor y de adoptar las precauciones para que puedan recibirse las llamadas y el menor pueda mantener la comunicación.

FINES DE SEMANA. La madre estará en compañía del hijo, a falta de acuerdo entre las partes, los fines de semana alternos, desde la salida del hijo del colegio los viernes hasta el lunes por la mañana a la entrada del hijo al colegio. Cuando concurra una festividad (viernes o lunes festivos) o puente escolar (jueves y viernes festivos o lunes y martes festivos) con el fin de semana que corresponda a la madre estar con el hijo, su duración comprenderá desde la salida del colegio del menor la víspera del día festivo o víspera del día de inicio del puente escolar o se extenderá hasta la entrada del hijo al colegio la mañana del primer día de clase.

VISITAS ENTRE SEMANA. La madre estará en compañía del hijo, a falta de acuerdo entre las partes, dos tardes entre semana que a falta de acuerdo serán las de los miércoles y jueves, desde la salida del colegio hasta las 20.00 horas.

VACACIONES ESCOLARES.

Las madre estará en compañía del hijo, a falta de acuerdo entre las partes, la mitad de las vacaciones escolares del menor, correspondiéndole la primera mitad en los años pares, segunda en los impares.

2.- Se acuerda que el hijo menor Ander reciba el apoyo psicológico que se ha recomendado por el Equipo Psicosocial Judicial.

Se atribuye al progenitor custodio la elección del profesional para llevarlo a efecto.

El progenitor custodio deberá informar al no custodio de la identidad del profesional que desarrolle este apoyo psicológico, de forma que este último pueda recabar del profesional la información sobre la evolución del, mismo y colaborar en la forma que el facultativo estime oportuna.

3.- Expídase por la Sra. Secretaria un testimonio de la presente resolución para su unión a la ejecución forzosa nº 300/06 en que se está ejecutando el pronunciamiento relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar.

No se hace expresa imposición de las costas procesales devengadas en la tramitación del presente procedimiento".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a Esmeralda . Sustanciada la apelación, la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia dictó Sentencia, con fecha 8 de septiembre de 2010 , con el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Esmeralda y la impugnación interpuesta por la representación procesal de Ceferino , ambas contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Bilbao, en el procedimiento DIVOR. CONTENC. L2 565/06 , de que el presente rollo dimana; debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución condenando a los apelantes al pago de las costas ocasionadas con su respectivo recuso e impugnación".

TERCERO. Anunciado recurso de casación por D^a Esmeralda , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora D^a Begoña Fernández de Gamboa Irarragorri lo interpuso al amparo del artículo 447, 2 3º de la LEC 2000 , articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- Por existir contradicción en relación con el criterio de interpretación del párrafo primero del art. 96 del Código Civil entre sentencias de las Audiencias Provinciales.

Por resolución de fecha 10 de noviembre de 2010 la Audiencia Provincial de Bizkaia, acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora Dña. BEATRIZ RUANO CASANOVA, en nombre y representación de D^a Esmeralda , personándose en calidad de parte recurrente. No se ha personado el recurrido en las presentes actuaciones. Es interviniente el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, el Ministerio Fiscal, presentó escrito oponiéndose al recurso de casación formulado de contrario, y solicitando su desestimación.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el veintiocho de marzo de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. **Encarnacion Roca Trias**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los antecedentes.

1º D^a Esmeralda y D. Ceferino contrajeron matrimonio en 2001. Tienen un hijo, nacido en 2003.

2º En 2006, la SAP de Bizkaia, sección 4ª, de 24 febrero 2006 declaró la separación de los cónyuges y estableció las siguientes medidas: (a) atribución de la guarda y custodia del hijo menor al padre D. Ceferino, con previsión de que dicho menor debía seguir escolarizado en el centro donde trabajaba la madre; (b) derecho de visitas de la madre; (c) atribuyó el uso del domicilio familiar al hijo y al progenitor custodio, y (d) estableció la suma de 200# mensuales a cargo de la madre como alimentos al hijo.

3º D^a Esmeralda presentó una demanda de divorcio, en la que pidió la modificación de las medidas adoptadas en la separación, referidas a la guarda y custodia del hijo menor y en razón de la misma, la atribución del uso del domicilio conyugal "a la actora e hijo".

D. Ceferino contestó, alegando que no se había producido ninguna circunstancia para la modificación de las medidas relativas a la guarda y custodia del hijo y, en consecuencia, ello afectaba al uso de la vivienda conyugal.

4º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 5, de Bilbao, de 9 julio 2009, estimó la petición de divorcio, mantuvo la guarda y custodia del padre, modificó el régimen de comunicación, visitas y estancias y "en lógica correlación con la desestimación del cambio de guarda y custodia", desestimó "la pretensión de dejar sin efecto la medida relativa al uso de la vivienda familiar a favor del menor y del padre", al no concurrir ninguna alteración de las circunstancias que se habían tenido en cuenta en la sentencia de separación.

5º Apeló D^a Esmeralda. El Fiscal se opuso al recurso. La SAP de Bizkaia, sección 4ª, de 8 septiembre 2010 desestimó el recurso. Con respecto a la atribución de la guarda al padre y valorando la prueba pericial consistente en los informes de los servicios del Juzgado, entendió que el padre desarrollaba correctamente sus funciones. Se mantenía el uso del domicilio familiar al hijo y al progenitor que ejerce la guarda y custodia, al considerarse que las circunstancias alegadas por la recurrente no tenían virtualidad para alterar la atribución efectuada en la sentencia recurrida, porque el progenitor "[...] que ejerce la custodia de tal menor, debe necesariamente convivir con el mismo en el domicilio que fuera familiar, por mor de lo dispuesto en el art. 96 CC".

6º Recurre en casación D^a Esmeralda, al amparo de lo dispuesto en el art. 477, 2, 3º y 477.3 LEC.

El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso.

SEGUNDO. *Motivo único*, aunque formalmente dividido en tres apartados. Se entiende que existe contradicción en relación con la interpretación del art. 96.1 CC y "no existe respecto al concreto punto de aplicación automática del mencionado párrafo o finalista y flexible, doctrina jurisprudencial". Alega una serie de sentencias de las Audiencias provinciales que aplican el mencionado art. 96.1 CC de una manera literal o automática y otras que consideran que puede atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge apartado de sus hijos cuando su interés sea el más digno de protección. Acaba considerando que a la vista de esta diversidad, los perfiles del art. 96 CC no están bien determinados en la ley ni en la jurisprudencia, por lo que debe fijarse una interpretación conjunta.

El motivo se desestima.

La recurrente pretende que se unifique la doctrina relativa a la atribución del uso de la vivienda familiar y presenta un recurso de casación por interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Sin embargo, en este momento y a partir de la STS 236/2011, de 14 abril, se unificó la doctrina en el punto controvertido y esta Sala ha venido manteniendo la que se reproduce a continuación: "El art. 96 CC establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.

El principio que aparece protegido en esta disposición es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación (art. 142 CC); por ello los ordenamientos jurídicos españoles que han regulado la atribución del uso en los casos de crisis matrimonial o de crisis de convivencia, han adoptado esta regla (así, expresamente, el art 233-20.1 CCCat). La atribución del uso de la vivienda familiar, es una forma de protección, que se aplica con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada entre quienes son sus propietarios, por lo que no puede limitarse el derecho de uso al tiempo durante el cual los progenitores ostenten la titularidad sobre dicho bien.[...] Esta era ya la doctrina de esta Sala en sentencias de 9 mayo 2007 , 22 octubre y 3 diciembre 2008 , entre otras, en las que se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a los terceros adjudicatarios". Y se había recogido en " la sentencia de 1 de abril de 2011 , que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto". Aplicando esta doctrina al presente caso, debe rechazarse el recurso de casación, porque la recurrente pretende que se le adjudique el uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar, sin tener en cuenta el principio del interés del menor, protegido en el art. 96.1 CC , que es el aplicable. Por ello, la ley atribuye el uso de la vivienda a los hijos menores y al progenitor custodio cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, como sucede en el presente.

TERCERO. La desestimación del único motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Esmeralda , contra la SAP de Bizkaia, sección 4^a, de 8 septiembre 2010 , que desestimó su recurso de apelación, determina la del recurso de casación.

En virtud de lo dispuesto en el art. 398.1 LEC , se imponen a la recurrente las costas del recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Esmeralda , contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, sección 4^a, de 8 septiembre 2010, dictada en el rollo de apelación nº 16/10 .

2º No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3º Se imponen a la parte recurrente, las costas de este recurso.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.-**Encarnacion Roca Trias**.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. D^a. **Encarnacion Roca Trias**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.