



Roj: STS 1424/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1424  
Id Cendoj: 28079110012016100212  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1309/2015  
Nº de Resolución: 215/2016  
Procedimiento: Casación  
Ponente: EDUARDO BAENA RUIZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Abril de dos mil dieciséis.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 2015 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el rollo de apelación 547/2014, dimanante de los autos civiles de divorcio contencioso 4/2012 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Balmaseda.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrente don Luis Enrique, representado por el procurador don Manuel Sánchez Puelles.

Ha comparecido ante esta Sala en calidad de parte recurrida doña Susana, representada ante esta Sala por la procuradora doña Concepción Muñoz González.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora doña Elena Ruiz Martínez, en nombre y representación de doña Susana, interpuso demanda de divorcio contra don Luis Enrique solicitando al Juzgado:

«... que teniendo por presentado este escrito, con sus copias y documentos que se acompañan, se admita, tenga por formulada DEMANDA DE DIVORCIO en nombre de doña Susana contra don Luis Enrique, y previos los demás trámites legales y el recibimiento del proceso a prueba se dicte Sentencia por la que se declare:

1.- La disolución del matrimonio por divorcio, con todas las medidas dispuestas por Ley derivadas de dicha declaración, declarando la disolución de la sociedad legal de gananciales que viene rigiendo el matrimonio.

2.- Se determine que la guarda y custodia de la hija menor Coral la ostente su madre doña Susana, ejerciendo ambos progenitores de forma compartida la patria potestad respecto del menor.

3.- Se determine que el uso de la vivienda se le otorgará a la esposa junto con el hijo menor sobre el que ostentará la custodia y guarda.

Deberá ordenarse el desalojo inmediato de la vivienda por el esposo, pudiendo llevar con él sus ropas, enseres personales, e instrumentos de trabajo si los hubiere en el domicilio.

4.- En orden al derecho de visitas, comunicación y estancias del menor hijo con su padre, se establezca en fines de semana alternos, desde el viernes a las 16:30 hasta el domingo a las 19:00 horas.

Igualmente para los períodos de semana santa don Luis Enrique tendrá derecho de visita durante una de las dos semanas de dicho período, a elegir por él en los años impares y por doña Susana en los años pares.

Para los períodos de vacaciones de verano, tendrá derecho a quince días en el mes de julio y quince días en el mes de agosto, a elegir por él en los años impares y por doña Susana en los años pares.

5.- Se determinará que el padre contribuirá a los alimentos de la hija del matrimonio hasta que ésta adquiera independencia económica con 667,50 euros mensuales.

Las referidas cantidades las abonará don Luis Enrique dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la esposa.

Las referidas contribuciones se actualizarán anualmente de acuerdo con los incrementos y variaciones que sufra el IPC, que publica el Instituto Nacional de Estadística.

Abonarán los cónyuges los gastos extraordinarios, él el 70% y ella el 30%.

6.- En orden a las cargas del matrimonio relativas a las deudas existentes se determinará: En cuanto a la deuda derivada de las hipotecas que gravan la vivienda familiar y la segunda vivienda, se harán cargo de las mismas, ambos cónyuges, el 70% el esposo y el 30% la esposa.

7.- Además se establezca una pensión compensatoria a favor de la esposa por importe de 12.982,94 euros anuales, o 1.081,91 euros mensuales.

Y en definitiva se condene a la parte demandada a estar y pasar por estas declaraciones, y al pago de las costas causadas en este procedimiento.»

2.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado a las partes para contestar y la procuradora doña María Pilar Aguirregomozcorta Echezarreta en nombre y representación de don Luis Enrique contestó a la demanda y suplicó al Juzgado:

«Suplico a la UPAD, que habiendo por presentado este escrito, junto con los documentos acompañados, se sirva y digne admitirlos, y en su virtud, me tenga por personado de parte legítima y en nombre de mi mandante don Luis Enrique , y por contestada en tiempo y forma la demanda iniciadora de este procedimiento formulada por doña Susana , y, previos los trámites procesales de rigor, se dicte en definitiva sentencia por la que se declare:

1.- La disolución del matrimonio por divorcio, con todas las medidas dispuestas por Ley derivadas de dicha declaración, declarando igualmente la disolución de la sociedad legal de gananciales que viene rigiendo el matrimonio.

2.- Se determine la Guardia y **Custodia** de la hija menor Coral la ostente su padre, don Luis Enrique , ejerciendo ambos progenitores de forma **compartida** la patria potestad de la menor.

3.- Se determine que el uso de la vivienda familiar se le otorga al marido junto con la hija menor sobre la que ostentará la guarda y **custodia**.

A tal efecto, deberá ordenarse el desalojo de la vivienda por la esposa. así cuanto proceda en orden al traslado de sus enseres personales.

4.- En orden al derecho de visitas, comunicación y estancias de la menor con su madre, se acuerde el derecho de esta a permanecer con la menor los fines de semana alternos, desde el viernes a las 16,30 horas hasta el domingo a las 19,00 horas.

Para los periodos vacacionales de Semana Santa doña Susana tendrá derecho de visita durante una de las dos semanas de dicho período, a elegir por ella los años pares y por don Luis Enrique los años impares.

Para los periodos vacacionales de verano, tendrá derecho a quince días en el mes de julio y quince días en el mes de Agosto, a elegir por la madre los años pares y por el padre los años impares.

5.- Se determinará que la madre contribuirá a los alimentos de la hija del matrimonio hasta que adquiera independencia económica con TRESCIENTOS CINCUENTA (350) EUROS mensuales, abonando la citada cantidad dentro de los Cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe el Sr. Luis Enrique .

Las referidas contribuciones serán actualizadas anualmente de acuerdo con la variación que experimente el IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística.

Los Gastos extraordinarios de la menor serán sufragados por ambos cónyuges al

6.- En orden a las cargas del matrimonio y en concreto las relativas a la deuda en cuanto a la hipoteca que grava la vivienda familiar, ser harán cargo de las mismas ambos cónyuges al 50%.

7.- No procede el establecimiento de pensión compensatoria alguna al no producirse desequilibrio económico alguno entre los cónyuges por razón del divorcio.»

3.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Balmaseda dictó sentencia el 4 de abril de 2014 con el siguiente fallo:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña Susana contra su esposo don Luis Enrique, debo declarar y declaro disuelto el matrimonio de los expresados por DIVORCIO con todos los efectos legales inherentes, y en especial los siguientes:

1) Atribución de la guarda y **custodia** de la hija menor a la madre quien compartirá con el padre el pleno y conjunto ejercicio de la patria potestad sobre el mismo.

2) El padre se comunicará, relacionará y permanecerá en compañía de su hija de la siguiente manera, que regirá siempre en defecto de acuerdo entre ambos:

-FINES DE SEMANA ALTERNOS: El padre permanecerá con su hija Coral desde la salida del colegio del viernes hasta el lunes, en que la reintegrará al centro escolar donde cursa estudios a la hora del comienzo de las clases.

-DÍAS INTERSEMANALES: El padre permanecerá en compañía de su hija todos los martes y jueves, recogiendo a la salida de sus clases y reintegrándola al centro escolar donde cursa estudios los miércoles y viernes a la hora de comienzo de las clases.

Cuando exista una festividad inmediatamente anterior o posterior al fin de semana, o unida a éste por un puente reconocido por el centro al que asista la menor, se considerará este periodo agregado al fin de semana y, en su consecuencia, procederá la estancia con el progenitor al que corresponda el repetido fin de semana.

-VACACIONES DE NAVIDAD: Partiendo de la base de que la duración y fechas de estas vacaciones se computarán conforme a las vacaciones escolares, se establece:

Los años pares, la madre tendrá a la menor desde la salida del colegio del primer día de vacaciones hasta las 20 horas del día 30 de diciembre, y el padre desde esa fecha y hora hasta las 20 horas del día anterior al de reinicio del curso escolar, distribuyéndose al inversa en los años impares.

-VACACIONES DE SEMANA SANTA: En cuanto a este periodo vacacional se establecen dos periodos:

10. El primero, la salida del colegio el último día de clases hasta las 20:00 horas del martes siguiente a lunes santo.

El segundo, desde las 20:00 horas del martes siguiente al lunes santo hasta las 20:00 horas del día inmediatamente anterior a reanudarse las clases.

En los años pares corresponderá al padre el primer periodo y a la madre el segundo, distribuyéndose a la inversa en los años impares.

-VACACIONES DE VERANO: Se extienden desde la salida del colegio del primer día de vacaciones escolares en junio, hasta las 20 horas del día anterior al reinicio del curso en septiembre. Dicho periodo se dividirá por quincenas alternas en los meses de julio y agosto, distribuyéndose en los siguientes periodos:

Un primer periodo abarcará desde la salida del colegio del primer día de vacaciones en junio hasta las 10 horas del día 1 de julio, así como desde las 10 horas del día 15 de julio hasta las 10 horas del día 1 de agosto, y desde las 10 horas del día 15 de agosto hasta las 10 horas del día 1 de septiembre.

El segundo periodo abarcará desde las 10 horas del día 1 de julio hasta las 10 horas del 15 de julio, así como desde las 10 horas del día 1 de agosto hasta las 10 horas del día 15 de agosto y desde las 10 horas del día 1 de septiembre hasta las 20 horas del día anterior al reinicio del curso escolar.

En los años pares corresponderá a la madre el primer periodo y al padre el segundo, distribuyéndose a la inversa en los años impares.

Durante todos los periodos de vacaciones se interrumpen las estancias intersemanales y de fines de semana, antes acordadas.

-PERSONAS AUTORIZADAS A EFECTUAR LAS ENTREGAS Y RECOGIDAS: Como regla general, las entregas y recogidas deberán ser realizadas personalmente por el padre y la madre de Coral. No obstante, en caso de imposibilidad y en aras a conjugar el régimen de visitas con el trabajo de los progenitores, también podrán recoger y entregar a la menor familiares maternos y paternos hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con los progenitores.

-COMUNICACIONES DIARIAS DE LOS PROGENITORES: Cuando la menor se encuentre con el otro progenitor, el padre o la madre según corresponda, podrá llamar a Coral entre las 19:30 y las 20:00 horas para hablar con ella. Esto último constituye una facultad para aquel progenitor que en ese momento no está en compañía de su hija a fin de satisfacer su necesidad de contacto, sin olvidar que su ejercicio debe realizarse dentro de unos parámetros de normalidad, comprendiendo que pueden surgir imposibilidades técnicas o de disponibilidad de la menor en ese momento (no cobertura, llamadas reiteradas,...).

3) El Sr. Luis Enrique contribuirá a los alimentos de su hija abonando a la Señora Susana 300 euros dentro de los primeros cinco días de cada mes, con carácter anticipado, cantidad que se actualizará anualmente conforme a las variaciones del IPC del INE, produciéndose la primera actualización el 1 de enero de 2015.

Ambos progenitores asumirán por mitad el pago de los gastos extraordinarios que genere el cuidado, educación y atención sanitaria no cubierta por la Seguridad Social de su hijo. Por tales gastos se entenderán los excepcionales, imprevisibles, no periódicos, acomodados a las circunstancias económicas de ambos progenitores, necesarios y expresamente previamente consensuados.

También se sufragarán las 50% las actividades formativas complementarias nuevas que pueda iniciar la menor en el futuro y hasta que pueda sufragar sus propias necesidades.

Esta pensión será abonada hasta que la menor concluya su actividad formativa y pueda sufragarse sus necesidades por sus propios medios.

4) Los ex cónyuges seguirán sufragando al 50% el préstamo hipotecario sobre la vivienda habitual así como las demás cargas comunes que ostenten, a excepción de los gastos inherentes al uso y disfrute del domicilio familiar que serán sufragados por la Sra. Susana .

Asimismo, se repartirán al 50% las ganancias que generen los bienes que tengan en copropiedad, hasta que se liquide su régimen económico-matrimonial.

Todo ello sin imponer las costas del juicio a ninguna de las partes litigantes.»

4.- La representación procesal de doña Susana solicitó la subsanación sobre la anterior resolución, y el Juzgado dictó Auto el 27 de mayo de 2014 , con el siguiente fallo:

«Se completa la omisión advertida en la sentencia de fecha 4 de abril de 2014 , consistente en omisión en los siguientes términos: en el fallo de la sentencia debe añadirse un punto 5) del tenor literal siguiente:

"5) El uso y disfrute de la vivienda familiar sita en el BARRIO000 nº NUM000 de Zalla (Bizcaia) así como del ajuar familiar se atribuye a la Sra. Susana a la vista de la atribución de la guarda y **custodia** que se efectúa a su favor de la pequeña Coral ".

Incorpórese esta resolución al libro de sentencias y llévase testimonio a los autos principales.»

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de don Luis Enrique , correspondiendo su tramitación a la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Bizcaia que dictó sentencia el 26 de febrero de 2015 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«Que estimando el recurso de apelación interpuesto por DON Luis Enrique , representado por la Procuradora Dña. Pilar Aguirregomez corta Etxezarreta, contra la sentencia de 4 de abril de 2014 y el auto aclaratorio de 27 de mayo de 2014 dictados por el UPAD del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Balmaseda , en los autos de Divorcio Contencioso nº 4/12, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS los mismos en el sentido de acordar:

1.- Acordar que la guarda y **custodia** de la menor Coral sea **compartida** por semanas alternas entre Dña. Susana y D. Luis Enrique , debiendo realizarse el cambio de **custodia** todos los viernes a la salida del colegio o en su caso a las 17 horas cuando no haya colegio, permaneciendo en su compañía hasta el viernes siguiente a la misma hora en que le recoja el otro progenitor.

2.- La menor Coral estará con el progenitor con quien no pase la semana, desde la salida del colegio, o, en su caso, las 17 horas de los martes 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 150 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 D. Luis Enrique el depósito constituido para recurrir, expidiéndose por el Secretario Judicial del Juzgado de origen el correspondiente mandamiento de devolución.»

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación .**

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso de casación la representación procesal de don Luis Enrique con base en un único motivo al amparo de lo dispuesto en el número 3 del apartado 2 del artículo 477 del CC .

2.- La Sala dictó Auto el 5 de octubre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«1) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis Enrique contra la sentencia dictada con fecha 26 de febrero de 2015, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, (sección 4ª), en el rollo de apelación nº 547/2014 , dimanante de los autos de juicio de divorcio número 4/2012 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Balmaseda.»

3.- Dado traslado a las partes la representación procesal de doña Susana se opuso al recurso y alegó los hechos que estimó oportunos.

4.- El Ministerio Fiscal en su informe solicitó la desestimación del recurso.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo del mismo, el día 8 de marzo de 2016 en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz** , Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

Son hechos relevantes para la decisión del recurso los que pasamos a exponer:

1.- Presentada demanda de divorcio por la madre, con solicitud de **custodia** exclusiva sobre la menor a su favor, y dictado de medidas provisionales, se dicta Auto en fecha 15 de febrero de 2012, atribuyéndose la **custodia** sobre la menor a la madre, con las demás medidas inherentes, a ello, entre ellas la atribución del uso de la vivienda familiar a la menor así como a la madre. Contestada la demanda por el padre, hoy recurrente, interesa igualmente la **custodia** a su favor, y demás medidas inherentes, como el uso de la vivienda familiar a su favor y al de la menor.

2.- En fecha de 4 de abril de 2014, se dicta sentencia de divorcio, en la que en esencia se ratifican las medias acordadas en el Auto de medidas provisionales, a excepción del importe de la pensión de alimentos a abonar por el padre, reduciéndola de 700,00 euros mensuales a 300,00 euros.

3.- Frente a dicha sentencia recurre en apelación el Sr. Luis Enrique , reclamando, en esencia, lo mismo que en el suplico de su contestación a la demanda, y por tanto la **custodia** de la menor a su favor, derecho de visitas a favor de la madre, pensión de alimentos a cargo de esta y uso de la vivienda para la menor y a su favor.

4.- Mediante Sentencia de fecha 26 de febrero de 2015 , la Audiencia estima el recurso de apelación y acuerda la **custodia compartida** por semanas alternas, con derecho de visitas y vacaciones, contribución a los gastos ordinarios de la menor por ambos progenitores con un ingreso mensual de cada uno de ellos de 150,00 euros en cuenta bancaria abierta a nombre del menor y actualizable, y contribución de ambos por mitad a los gastos extraordinarios. No se hace pronunciamiento en el fallo sobre el uso de la vivienda familiar, pero en su Fundamento Sexto, expresamente establece: " en cuanto al uso y disfrute de la vivienda familiar, nº NUM000 del BARRIO000 de Zalla, es evidente que la misma ha permanecido deshabitada por

la madre e hija Coral , que han pasado a residir habitualmente en la vivienda señalada con el nº NUM001 del mismo barrio y siendo que el padre a raíz de la ruptura matrimonial reside asimismo junto a la vivienda que fue familiar, en el mismo barrio... no se hace especial atribución del uso de la vivienda que fue familiar , que ha permanecido desocupada en el último periodo, puesto que ambos progenitores actualmente disponen de vivienda para atender a las necesidades de la hija Coral durante los periodos de efectiva guarda, ambos en el mismo BARRIO000 de Zalla".

5.- La sentencia del Tribunal de apelación, cuándo, en el marco de la guarda y **custodia compartida**, decide sobre el uso y disfrute de la vivienda familiar, recoge como hechos que «es evidente que la misma ha permanecido deshabitada por la madre e hija Coral , que han pasado a residir habitualmente a la vivienda señalada con el nº NUM001 del mismo BARRIO000 de Zalla, y siendo que el padre a raíz de la ruptura matrimonial reside asimismo junto a la vivienda que fue familiar, en el mismo BARRIO000 de Zalla». Partiendo de tales hechos, y en aplicación de la doctrina del Tribunal supremo declarada en la sentencia de 24 de octubre de 2014 , concluye que no cabe hacer atribución del uso de la vivienda que fue familiar, que ha permanecido desocupada en el último periodo, «puesto que ambos progenitores actualmente disponen de vivienda para atender a las necesidades de la hija Coral durante los periodos de efectiva guarda, ambos en el mismo BARRIO000 de Zalla.»

6.- La representación procesal de don Luis Enrique interpone contra la anterior sentencia recurso de casación al amparo del 477.2. ordinal 3º de la LEC, *por interés casacional por oposición a la jurisprudencia del TS*, solicitando se le atribuya el uso de la vivienda familiar así como el ajuar familiar y cita como preceptos legales infringidos los artículos el 96 en relación con el 103.2 del CC, por oposición a la jurisprudencia de esta Sala, citando las Sentencias de fecha 1 de abril de 2011 , de 5 de noviembre de 2012 , de 15 de marzo de 2013 y de 2 de junio de 2014 , con infracción del artículo 96 en relación con el 103.2 del CC , manifiesta que es pacífica la jurisprudencia del TS, en orden a que debe respetarse el interés prevalente del menor en orden a atribuir el uso de la vivienda familiar.

Sostiene el recurrente en su recurso que la sentencia recurrida no hace pronunciamiento sobre el uso de la vivienda al entender que al estar deshabitada por abandono de la madre y estando las necesidades básicas de la menor en cuanto a la vivienda, perfectamente satisfechas al tener ambos progenitores otra vivienda. En efecto, la vivienda en que reside el recurrente es de su hermano, donde durante la tramitación del procedimiento ha vivido de forma temporal, combinando su residencia con la vivienda de su madre, sin mantener un domicilio fijo hasta la fecha. Y ello pues en el Auto de medidas provisionales y posteriormente en la sentencia se acordó el uso de la vivienda a favor de la madre y está deshabitada por voluntad de la madre. Siendo que el padre carece de vivienda idónea para satisfacer el interés prevalente de la menor, cual es disponer de una vivienda con las debidas garantías de continuidad y habiéndosele atribuido la guarda y **custodia compartida**, conforma los criterios establecidos en la jurisprudencia del TS, procede atribuir al padre el uso de la citada vivienda. Manifiesta que la falta de otorgamiento de su uso supone privar a la menor del derecho a habitar la vivienda habitual de la familia en la que se desarrolló personalmente, con la obligación del padre de localizar otra vivienda que arrendar, con evidente inferioridad de condiciones, dado que aquella es un chalet unifamiliar con jardín, que la hipoteca la abonan ambos progenitores por mitad, que con su capacidad económica, deberá marchar a un piso pequeño de alquiler. En definitiva, alega que consta acreditado que la madre abandonó la vivienda, trasladando su domicilio al chalet unifamiliar de su actual pareja, que es de semejantes características al que constituía la vivienda familiar, por lo que las necesidades de la menor se encuentran satisfechas en los periodos en que la **custodia** la ejerce la madre, debiéndose proteger las necesidades de la menor cuando la **custodia** le corresponda a él, y la mejor manera para ello es manteniendo el uso de la vivienda familiar a su favor y en beneficio de la menor.

7.- La Sala dictó Auto el 5 de octubre de 2015 admitiendo el recurso de casación. Dado traslado a la parte recurrida fue impugnado por ésta pero previamente alegó la carencia sobrevenida del objeto y competencia por cuanto con fecha 10 de octubre de 2015 ha entrado en vigor la Ley 7/2015 de 30 de junio de 2015 de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (B OPV de 10 de julio de 2015), y en la Disposición Transitoria de dicha Ley se establece « Las Normas de esta Ley serán de aplicación a la revisión judicial de los Convenios Reguladores y de las Medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten y el juez estime que se dan las circunstancias recogidas en ella.»

Añade que en dicha Norma en su Art. 12 sobre atribución del uso de la vivienda y del ajuar doméstico, se regula las formas de atribución del uso de la vivienda familiar quedando para el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco sin contenido el Art. 96 del Código Civil invocado en este Recurso de casación.

Por ese motivo entendemos que el presente recurso de casación ha quedado sin objeto porque a partir de la entrada en vigor de la Ley 7/2015 de 30 de junio, se deberá aplicar a las personas que tengan la vecindad civil vasca esta Ley y no el Art. 96 del Código Civil .

En el presente caso nos encontramos ante un matrimonio casado en Régimen de Comunicación Foral Vasca con una hija menor de edad, nacida también en el País Vasco y con el domicilio familiar sito en Zalla (Bizkaia).

Por tanto, entendemos que el objeto del recurso queda sin contenido a los efectos de la competencia el Tribunal supremo y en todo caso sería competencia para conocer del mismo el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en aplicación de la nueva norma que ha entrado en vigor. Es por ello que alegamos en este caso la falta de competencia territorial, funcional y objetiva para que el Tribunal Supremo pueda dirimir este recurso.

**8.-** El Ministerio Fiscal, tras citar la doctrina de la Sala sobre la guarda y **custodia compartida** y su incidencia en el uso y disfrute de la vivienda familiar, recoge que la sentencia recurrida en el sexto de sus fundamentos de derecho afirma que ambos progenitores actualmente disponen de vivienda para atender a las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda, base fáctica de la que debemos partir en casación aunque sea cuestionada por la parte recurrente, pues en el desarrollo del motivo lo que hace el recurrente es plantear de nuevo el debate lo que no puede hacerse en esta vía. Se concede la guarda y **custodia compartida** a ambos progenitores y no hay base fáctica en la sentencia para considerar al padre como el mas necesitado de protección y como en nuestro caso como en el supuesto de la sentencia de esa Sala de 22 de octubre de 2014 , la vivienda ha quedado sin adscripción expresa y como ambos tienen la **custodia** y la madre al oponerse al recurso ha manifestado su deseo de liquidar su régimen económico común, solicitamos que se desestime el presente recurso.

Recurso de casación.

#### **SEGUNDO.-** *Cuestión Previa.*

Con carácter previo, es preciso dar respuesta al motivo de oposición al recurso de casación contenido en el escrito de fecha 16 de noviembre de 2015, presentado por la representación procesal de la parte recurrida.

Alega la de carencia sobrevenida del objeto y de la competencia, como consecuencia de la entrada en vigor en fecha 10 de octubre de 2015, de la Ley 7/2015 de 30 de junio de 2015 sobre relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, publicada en el BOPV de 10 de julio de 2015 y en el BOE núm. 176, de 24 de julio de 2015. Alega que su Disposición transitoria, establece que "Las normas de esta Ley serán de aplicación a la revisión judicial de los convenios reguladores y de las medidas judiciales adoptadas con anterioridad a su entrada en vigor, cuando alguna de las partes o el Ministerio Fiscal lo soliciten y el juez estime que se dan las circunstancias recogidas en ella". Alega que en su Art. 12 regula la atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar doméstico, quedando en consecuencia sin contenido en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el art. 96 del CC , invocado en el recurso de casación. Atendiendo a ello estima que el presente recurso ha quedado sin objeto, pues desde la entrada en vigor de la Ley 7/2015, se deberá aplicar a las personas que tengan vecindad civil vasca, esta Ley y no el art. 96 del CC ; sostiene que esta circunstancia concurre en el presente caso, dado que estamos ante un matrimonio casado en régimen de Comunicación Foral Vasca y con domicilio en Bizkaia. En consecuencia, sostiene, que el objeto del recurso queda sin contenido a efectos de la competencia del Tribunal Supremo, correspondiéndole al TSJPV en aplicación de la nueva norma que ha entrado en vigor; en definitiva alega la falta de competencia territorial, funcional y objetiva para que el TS pueda dirimir este recurso.

A los presentes efectos y por ser preciso, debemos tener en cuenta los siguientes datos: el recurrente presentó el día 8 de abril de 2015 escrito de interposición de recurso de casación, contra la sentencia dictada con fecha 26 de febrero de 2015, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, (Sección 4), en el rollo de apelación nº 547/2014 , dimanante de los autos de juicio de divorcio número 4/2012 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Balmaseda.

El principio de irretroactividad de las normas, art. 2.3 CC , y los efectos de la litispendencia, art. 410 del LEC , y perpetuación de la jurisdicción, arts. 411 de la LEC , enervan lo alegado por la parte recurrida, y ello sin entrar en otras consideraciones. Como expresamente indica en su motivo de oposición, la Ley invocada es posterior al presente procedimiento (incluso su entrada en vigor, es posterior a la presentación del recurso de casación) lo que determina su inaplicación. Como bien conoce la parte recurrida el motivo del recurso de casación lo es la infracción en la sentencia recurrida, del art. 96 del CC , y de la doctrina jurisprudencial que

lo desarrolla, y en base a ello se admitió el mismo, al concurrir en dicho momento procesal, los presupuestos precisos para superar la fase de admisibilidad.

Sin que por otro lado, del tenor de la Disposición Transitoria de la ley 7/2016, alegada por la parte recurrida, resulte cosa distinta de lo expuesto, y es que en efecto, desde su entrada en vigor, la indicada Ley será de aplicación en su caso, y concurriendo los presupuestos precisos para ello, a los procedimientos judiciales que se inicien con posterioridad, en que se pretenda la aplicación de las normas contenidas en ella, por la vía del procedimiento judicial de modificación de medidas; sin que pueda sostenerse de su tenor literal una pretendida, por la parte recurrida, eficacia retroactiva de la ley.

Por todo ello se desestiman las alegaciones de la parte recurrida.

Por idéntico motivo no cabe que tenga efectos para esta resolución el acuerdo alcanzado por las partes tras la fecha fijada para deliberación y votación, sin perjuicio de que lo aporten en la instancia a los efectos oportunos.

### TERCERO .- *Decisión de la Sala.*

1.- Se ha de tener en cuenta que no se formula por la parte recurso extraordinario por infracción procesal dirigido a denunciar un error en la valoración de la prueba, en los términos que autoriza la Sala; por lo que podría defenderse una inexistencia de interés casacional porque la aplicación de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada solo podría prosperar mediante la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considera probados.

Esta Sala (STS de 25 de octubre 2012, Rc. 912/2011 ) ha venido repitiendo que "la revisión en casación de los casos de guarda y **custodia** solo puede realizarse (...) si el juez a quo ha aplicado incorrectamente el principio de protección del interés del menor a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre", tal como afirma la STS 154/2012, de 9 marzo , con cita de las SSTS 579/2011, de 22 julio y 578/2011, de 21 julio . La razón se encuentra en que «el fin último de la norma es la elección del régimen de **custodia** que más favorable resulte para el menor, en interés de este".(...) La interdicción del nuevo examen de la prueba en casación se mantiene en estos procesos, tal como se ha dicho repetidamente por esta Sala y solo cuando se haya decidido sin tener en cuenta dicho interés, podrá esta Sala examinar, como ha hecho ya, las circunstancias más adecuadas para dicha protección» ( SSTS 11 de enero y 27 de abril de 2012 ).»

2.- Por tanto, como informa el Ministerio Fiscal, se ha de partir de los hechos inatacados que da como probados la sentencia recurrida, a saber: (i) que la vivienda familiar ha permanecido deshabitada por la madre y su hija Izaro; (ii) que han pasado a residir habitualmente a otra vivienda del mismo barrio; (iii) que el padre, a raíz de la ruptura reside asimismo en otra vivienda del mismo barrio; (iv) que ambos progenitores disponen, pues, actualmente, de vivienda para atender las necesidades de la hija durante los periodos de efectiva guarda y **custodia** de ella.

3.- El Código Civil ha incorporado modificaciones importantes en su artículo 92 en materia de atribución de la guarda y **custodia compartida**, según redacción dada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, y la declaración de inconstitucional y nulo el inciso «favorable» del informe del Ministerio fiscal contenido en su número 8, en la STC 185/2012, de 17 de octubre . Pero no existe, como afirma la STS de 24 de octubre de 2014 , una regulación específica para adaptarla a este régimen de **custodia**, en contra de lo que sí han llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Aragón, Valencia y recientemente el País Vasco).

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 el que existiendo varios hijos unos quedan bajo la **custodia** de un progenitor y otros bajo la **custodia** de otro, remitiendo al juez 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 aquél que permite compaginar los periodos 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, 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).

4.- Tal doctrina ha sido respetada por la sentencia recurrida, pues en atención a las circunstancias fácticas que tiene por probadas, concluye que los intereses a tener en cuenta se encuentran satisfechos y no debe hacerse atribución de uso y disfrute de la vivienda que fue familiar.

**CUARTO.-** Conforme a los artículos 394.1 y 398.1 LEC procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso

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

## FALLAMOS

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis Enrique , contra la sentencia dictada el 26 de febrero de 2015 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizcaia en el rollo de apelación 547/2014 , dimanante de los autos civiles de Divorcio contencioso 4/2012, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Balmaseda.

2.º Confirmar la sentencia recurrida, declarando la firmeza de la misma.

3.º Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y Rubricado.-Jose Antonio Seijas Quintana .- Antonio Salas Carceller.- **Francisco Javier Arroyo Fiestas .- Eduardo Baena Ruiz.- Fernando Pantaleon Prieto .- Xavier O'Callaghan Muñoz** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Eduardo Baena Ruiz** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.