



Roj: **STS 5666/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:5666**

Id Cendoj: **28079110012016100718**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **151/2016**

Nº de Resolución: **741/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de diciembre de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección novena de la Audiencia Provincial de Alicante, como consecuencia de autos de separación contenciosa n.º 701/2014 , seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Orihuela (Alicante); cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Regina , representada ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña María Esther Fernández Muñoz; siendo parte recurrida don Matías , representado por la procuradora de los Tribunales doña María Aurora Gómez-Villaboa Mandrí.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- La representación procesal de doña Regina , interpuso demanda de separación matrimonial contra don Matías , y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«1º.- Se atribuya a Dª Regina el uso y disfrute del domicilio familiar sito en CALLE000 Num NUM000 de S. ISIDRO, en tanto se liquide la Sociedad de Gananciales.

»2º.- Se fije en concepto de pensión compensatoria a favor de mi mandante y a satisfacer la cantidad de 500 euros mensuales, cantidad que deberá ser satisfecha dentro de los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe ante el Juzgado, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC u Organismo que lo sustituya.

»3º.- Una vez firme la sentencia que recaiga en el presente procedimiento, se acuerde expedir los mandamientos oportunos para la inscripción de la sentencia en el Registro Civil Correspondiente.»

2.-1.- Admitida a trámite la demanda, el Ministerio Fiscal contestó la misma.

2.-2.- Asimismo, la representación procesal del demandado contestó la demanda, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que:

«.. se dicte Sentencia en virtud de la cual se desestime la demanda interpuesta por la parte actora, estimando íntegramente la contestación presentada por esta parte, decretando la disolución del matrimonio con los siguientes efectos:

»1.- Se atribuya el domicilio conyugal a mi representado, D. Matías , encontrándose en la actualidad residiendo en él junto a su hija, y ello mientras conviva con su hija en el mismo, o hasta que se proceda a la venta de la vivienda.

»2.- Se decreta no haber lugar a la fijación de pensión compensatoria alguna, al no existir desequilibrio con la ruptura.

»3.- Se impongan las costas a la contraparte.»

2.-3.- Al mismo tiempo la representación procesal del demandado formulaba reconvencción, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado:

«... se dicte en su día sentencia por la que, estimando plenamente la presente demanda reconvenccional, se decreten los siguientes extremos:

»1.- La disolución del vínculo conyugal habido entre D. Matías y D^a. Regina por causa de divorcio esgrimida, y ello con todos los efectos legales inherentes a tal declaración, acordando, firme que sea ésta, librar la oportuna comunicación con los insertos necesarios para la inscripción en el Registro Civil de la disolución conyugal decretada.

»2.- El establecimiento de las siguientes MEDIDAS: Se otorgue el uso de la vivienda que constituyó el domicilio familiar al esposo mientras conviva en el mismo la hija común de ambos o en su caso, se adjudique a éste en los mismos términos hasta que se proceda a la venta efectiva de la vivienda.

»3.- Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada si se opusiere a nuestras peticiones.»

2.-4.- Dado traslado de la reconvencción a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que:

«dictar sentencia desestimando la citada demanda y absolviendo de la misma a mi representado, no habiendo lugar a establecer las medidas interesadas por el Sr. Matías en cuanto al uso de la vivienda, ni en cuanto a la pensión compensatoria, estableciendo las siguientes medidas:

»1º.- Se atribuya a D^a. Regina el uso y disfrute del domicilio familiar sito en CALLE000 . Num NUM000 de S. ISIDRO, en tanto se venda o liquide la Sociedad de Gananciales.

»2º.- Se fije en concepto de pensión compensatoria a favor de mi mandante y a satisfacer la cantidad de 500 euros mensuales, cantidad que deberá ser satisfecha dentro de los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe ante el Juzgado, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC u Organismo que lo sustituya.

»3ª Subsidiariamente solicitamos el establecimiento de la pensión compensatoria en la siguiente forma:

»a).- La pensión compensatoria sería de 500.- Euros en los periodos de tiempo en que Dña Regina no obtenga ingresos procedentes de trabajo o pensión.

»b).- La pensión compensatoria sería de 350.- Euros en los periodos de tiempo en que Dña Regina tenga ingresos procedentes de trabajo o pensión por una cantidad igual o inferior a 300.- Euros netos.

»c).- La pensión compensatoria sería de 200.-Euros en los periodos de tiempo en que Dña Regina tenga ingresos procedentes de trabajo o pensión por una cantidad igual o inferior a 500.- Euros netos.

»d).- La pensión compensatoria sería de 100.- Euros en los periodos de tiempo en que Dña Regina tenga ingresos procedentes de trabajo o pensión por una cantidad igual o inferior a 800.- Euros netos.

»Estas cantidades que deberán ser satisfechas dentro de los cinco días primeros de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe ante el Juzgado, actualizándose anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC u Organismo que lo sustituya.»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3, dictó sentencia con fecha 12 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.- Que debo desestimar y desestimo, la demanda presentada por D^a. Regina , representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Erundina Torregrosa Grima, contra D. Matías , representado por la Procuradora de los Tribunales, D^a. Olga Sánchez Reyes;

«2.-Que debo estimar y estimo la demanda reconvenccional, presentada por D. Matías , representado por la Procuradora de los Tribunales, D^a. Olga Sánchez Reyes; y debo declarar y declaro, disuelto por causa de divorcio, el matrimonio contraído por D. Matías y D^a. Regina , con todos los efectos legales (art.102 y ss CC); y debo acordar y acuerdo, la adopción de las siguientes MEDIDAS DEFINITIVAS:

»a.- La atribución del uso del domicilio familiar a D. Matías y a la hija con la que convive.

»Todo ello sin hacer una especial condena en las costas de este procedimiento.»

3.-1.- En fecha 24 de abril de 2015, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

«Acuerdo: aclarar la sentencia dictada en fecha 12 de enero de 2014, en los siguientes términos:

»En Orihuela, a 12 de enero de 2015 . »

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y sustanciada la alzada, la sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 2015 , cuyo Fallo es como sigue:

«Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Dª Erundina Torregrosa Grima, en nombre y representación de Dª Regina , contra la sentencia dictada en fecha 12 de enero de 2015 por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Orihuela , en los autos de Juicio nº 701/14, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la citada resolución y por la presente acordamos:

»1.- Estimar parcialmente la demanda presentada por Dª Regina .

»2.- Confirmar la estimación de la reconvencción formulada por D. Matías .

»3.- Confirmar la medida en relación al uso de la vivienda familiar.

»4.- Añadir una nueva medida definitiva en el sentido de fijar una pensión compensatoria a favor de Dª Regina que deberá ser abonada por D. Matías , por plazo máximo de dos años a contar desde esta sentencia y por un importe de 150 € mensuales, pensión que se extinguirá bien por el transcurso de los dos años o bien por el desarrollo por la Sra. Regina de una actividad laboral remunerada por cuenta ajena de carácter continuado.

»5.- Confirmar el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada en lo que no resulte contradictorios con esta resolución.

»Todo ello sin expresa condena al pago de las costas de esta alzada.»

TERCERO.- La procuradora doña Julia Salgado López, en nombre y representación de doña Regina , formalizó recurso de casación fundado, como único motivo, por infracción del artículo 96, párrafo 3.º, CC en relación con la jurisprudencia de esta sala.

CUARTO.- Por esta Sala se dictó auto de fecha 29 de junio de 2016 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como que se diera traslado del mismo los mismos a la parte recurrida, don Matías , que se opuso a su estimación mediante escrito que presentó en su nombre la procuradora doña Aurora Gómez Villaboa Mandri.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 23 de noviembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En proceso matrimonial seguido a instancia de doña Regina contra don Matías , que formuló reconvencción, se dictó sentencia en primera instancia por la que se declaró disuelto el matrimonio por divorcio y, como medida definitiva, se acordó la atribución del uso del domicilio familiar al esposo y a la hija -mayor de edad- con la que convive, la cual nació en el año 1993 y carece de ingresos propios. Dicha medida fue mantenida por la Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la esposa demandante, y únicamente sobre la misma versa el presente recurso de casación.

SEGUNDO.- La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, razona en el sentido siguiente:

«...este tribunal comparte los argumentos de la sentencia apelada en relación con la atribución del domicilio familiar al padre y a la hija mayor de edad. El artículo 96 del Código Civil 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, sin distinguir si los hijos son mayores o menores, de edad. Por ello, en principio, la atribución de la vivienda al padre con el que convive la hija mayor de edad es una decisión acertada y ajustada a las previsiones legales. La convivencia de la hija con el padre quedó acreditada en el acto del juicio y por imperativo legal siempre dicho interés del hijo se configura como el más necesitado de protección con preferencia a la situación económica de cada uno de los cónyuges. Sólo en el caso de que la hija no conviviese con el padre o alcanzase una independencia económica que le permitiese poder vivir por su cuenta, entraría en juego el artículo 96.3º y se valoraría qué interés es el más necesitado de protección de ambos cónyuges, pero mientras uno de ellos conviva con un hijo, dicha convivencia genera el derecho al uso de la vivienda familiar, como bien se establece en la sentencia apelada».

El recurso de casación se formula por un solo motivo en el cual se denuncia la infracción del artículo 96.3 CC , y de la jurisprudencia de esta sala, al decidir la sentencia impugnada que procede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía vive la hija común mayor de edad, sin tener en cuenta la jurisprudencia que señala que, en caso de quedar únicamente hijos mayores de edad, la vivienda familiar debe ser atribuida al cónyuge más necesitado de protección. Considera la recurrente que en este caso es a ella a quien corresponde el derecho de uso puesto que carece de ingresos y la ruptura matrimonial le ha supuesto un claro desequilibrio económico.

Se citan las sentencias de esta sala de 5 de septiembre de 2011 , 29 de mayo de 2015 , 30 de marzo de 2012 , 11 de noviembre de 2013 y 12 de febrero de 2014 .

TERCERO.- La sentencia núm. 624/2011, de 5 septiembre, dictada por esta sala constituida en pleno, cuya doctrina ha sido reiterada por las que igualmente se citan, establece lo siguiente sobre la cuestión debatida:

«El artículo 39.3 CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. En relación directa con dicho precepto, y como concreción del principio favor filii [a favor del hijo] o favor minoris [a favor del menor], el párrafo 1º del artículo 96 CC atribuye el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad, y, de manera refleja o derivada, al cónyuge en cuya compañía queden. La controversia que se suscita versa sobre si esta forma de protección se extiende al mayor de edad, de forma que la circunstancia de alcanzar la mayoría no le prive (ni a él, ni indirectamente, tampoco al progenitor que lo tenga a su cuidado) del derecho a seguir usando la vivienda familiar. Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiendo que el artículo 96 CC no depara la misma protección a los mayores. Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el artículo 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el artículo 93.2 CC , respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC , en el entendimiento de que la decisión del hijo mayor sobre con cual de los padres quiere convivir, no puede considerarse como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, de manera que dicha elección conllevara la exclusión del otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil , tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC , según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

De lo anterior se desprende la estimación del motivo en cuanto la sentencia impugnada no ha seguido la expresada doctrina resolviendo con apoyo en un fundamento contrario a ella, así como la asunción de la instancia por esta sala con la finalidad de dar la adecuada respuesta jurídica al litigio planteado.

CUARTO.- Sentado lo anterior, se ha de tener en cuenta que si bien, como dice la sentencia citada, «la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulta factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los artículos 142 y siguientes del CC », también es cierto que la permanencia del hijo en la vivienda familiar, aún alcanzada la



mayoría de edad, resulta acorde con la obligación común a ambos progenitores -protagonistas de la ruptura familiar- de darle habitación como parte de la obligación alimenticia. Serán las circunstancias de cada caso las que determinen que la decisión judicial haya de producirse en uno u otro sentido a efectos de establecer cuál de los progenitores es titular el interés más necesitado de protección. Consta que la demandante -hoy recurrente- dejó el domicilio conyugal y goza de una habitación adecuada a sus necesidades, mientras que la atribución de la vivienda familiar a ella supondría que el esposo tuviera que abandonarla con su hija Blanca para asumir los gastos de una nueva vivienda para ambos y, al mismo tiempo, sufragar los propios de la vivienda familiar ya que la recurrente manifiesta carecer de ingresos propios. La ponderación de tales circunstancias aconseja mantener por un plazo de dos años -a partir de la presente resolución- la atribución al padre del uso de la vivienda familiar. De ahí que procede la estimación parcial del recurso de casación.

QUINTO.- No procede la condena en las costas producidas por el presente recurso ni sobre las causadas en las instancias (artículos 394 y 398 LEC), con devolución a la recurrente del depósito constituido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar parcialmente el recurso de casación formulado por la representación procesal de doña Regina contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 9.ª de Elche) de 20 de noviembre de 2015, dictada en Rollo de Apelación n.º 393/2015, dimanante de proceso matrimonial n.º 701/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Orihuela, seguidos a instancia de la hoy recurrente contra don Matías. **2.º-** Casar en parte la sentencia recurrida, confirmando sus pronunciamientos con la precisión de que la atribución del uso de la vivienda familiar al esposo será por un plazo de dos años desde la fecha de la presente resolución. **3.º-** No haber lugar a condena en costas causadas por el presente recurso y en ambas instancias, con devolución a la parte recurrente del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.