

Roj: STS 1229/2014

Id Cendoj: 28079110012014100144

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 383/2012

Nº de Resolución: 73/2014

Procedimiento: Casación

Ponente: FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 427/2011 por la Sección 29ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio sobre solicitud de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio núm 239/2010, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don José Javier Freixa Iruela en nombre y representación de doña Aurelia, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don José Javier Freixa Iruela en calidad de recurrente y el procurador don Francisco Rodríguez Martín en nombre y representación de don Gaspar en calidad de recurrido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El procurador don Juan Francisco Rodríguez Martín, en nombre y representación de don Gaspar interpuso demanda de juicio sobre solicitud de modificación de medidas definitivas acordadas en sentencia de divorcio, contra doña Aurelia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "...se suprima el Derecho de uso y disfrute de la que fuera vivienda conyugal ordenado su desalojo, con imposición de costas a la demandada".

2.- El procurador don José Javier Freixa Iruela, en nombre y representación de doña Aurelia, 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: "...se desestime en su integridad la demanda planteada de contrario, debiendo imponerse las costas procesales a la parte actora".

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid, dictó sentencia con fecha 11 de noviembre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "... Que desestimando íntegramente la demanda formulada por la representación de don Gaspar contra doña Aurelia de modificación de medidas procede mantener la atribución del uso de la vivienda que fue ganancial a favor de doña Aurelia contenida en las sentencias dictadas el 15-09-1999 y 19-05.2003. No se hace expreso pronunciamiento en costas".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de don Gaspar, la Sección 22ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 16 de diciembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: "...Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Francisco Rodríguez Martín en nombre y representación de don Gaspar contra la sentencia dictada en fecha 11 de Noviembre de 2010 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 29 de Madrid en los autos de modificación de medidas nº 239/10 entre el antedicho y doña Aurelia debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS** la citada resolución en el sentido de que estimando la acción modificativa se suprime la atribución de uso de la vivienda familiar acordada en la sentencia de divorcio, sin hacer expresa imposición de costas en el presente recurso".

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Aurelia con apoyo en los siguientes **MOTIVOS** :

Primero.- Artículo 96, párrafo 3º CC .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 11 de septiembre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Juan Francisco Rodríguez Martín, en nombre y representación de don Gaspar presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de febrero del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1. En el presente caso se plantea, como cuestión de fondo, el mantenimiento del uso de la vivienda familiar, en el curso de una acción de modificación de medidas, sobre la base del cónyuge más desfavorecido o necesitado de protección; toda vez que los hijos han alcanzado la mayoría de edad y con la circunstancia de la disposición de la vivienda en favor de una sociedad, cuya administradora es la actual esposa del ex marido.

2. En síntesis, en el iter procesal la sentencia de Primera Instancia mantuvo el uso para la madre por ser interés necesitado de protección. Por su parte, la sentencia de Apelación, revocando la anterior resolución, estimó la acción modificativa ejercitada resaltando que ya no concurren los requisitos del artículo 93, párrafo segundo del Código Civil , y la obtención de unos ingresos líquidos mensuales de la demandada en torno a los mil euros, aproximadamente.

Recurso de casación.

Acción de modificación de medidas. Asignación del uso de la vivienda familiar una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos. Concepto de "interés más necesitado de protección". Doctrina jurisprudencial aplicable: criterios de sistematización.

SEGUNDO .- 1 . La parte demandada, al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2, ordinal tercero, interpone el recurso por interés casacional con base a la infracción de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, sentencia de pleno de 5 de septiembre de 2011 (núm. 624/2011), y a la existencia de jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias. Si bien, esta última alegación no queda justificada y se inadmite, al no invocarse dos sentencias firmes de una misma sección de una Audiencia Provincial, que decida en sentido contrario al seguido en otras dos sentencias firmes de una sección de la misma o distinta Audiencia Provincial, no obstante, el recurso se admite por las particulares del caso y la alegación de la infracción de la sentencia de pleno que se cita, lo que resulta suficiente a este extremo.

2. En el presente caso, por las razones que a continuación se exponen, el motivo debe ser desestimado.

3. Con relación a la doctrina jurisprudencial aplicable interesa, de modo preliminar, realizar las siguientes precisiones respecto al caso planteado.

En este sentido, debe advertirse que la atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge cuyo interés fuera el más necesitado de protección como, en su caso, la modificación de esta medida, resulta huérfana de aplicabilidad cuando dicho bien ha sido objeto de disposición sin que la misma haya sido impugnada por los cauces legales establecidos a tales efectos; de suerte que sólo cabría la mera tolerancia de un uso en precario, sin ningún otro tipo de justificación posesoria al respecto.

En parecidos términos, los impagos de la pensión compensatoria constituyen un supuesto autónomo cuya reclamación debe hacerse valer en el pertinente proceso ejecutivo, sin que pueda erigirse en un criterio o parámetro determinante en la cuestión debatida sobre la modificación del uso atribuido de la vivienda.

En cualquier caso, y a diferencia de lo declarado por la sentencia de Primera Instancia, tanto la atribución del uso de la vivienda, como su mantenimiento en caso de pretensión modificativa, debe de declararse conforme a un plazo prudencialmente fijado al respecto, sin que quepa su atribución o mantenimiento de forma indefinida o sin marco temporal alguno.

4. Sentado lo anterior, y conforme a lo alegado por la parte recurrente, el interés casacional del presente caso se va a analizar desde la perspectiva de la sentencia de pleno que se cita, *de 5 de septiembre de 2011*

, que fija como doctrina jurisprudencial que la atribución del uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 CC , que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

En este sentido, conviene traer a colación lo ya desarrollado en torno al contexto interpretativo por la reciente sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 2013 (núm. 707/2013) que delimita el contexto interpretativo en torno a la situación de igualdad de los dos cónyuges ante esta situación y la inaplicación en estos casos del marco referencial del derecho de alimentos que corresponde a los hijos mayores. En efecto, respecto a la primera delimitación, la sentencia declara que: "La mayoría de edad alcanzada por los hijos a quienes se atribuyó el uso deja en situación de igualdad a marido y mujer ante este derecho, enfrentándose uno y otro a una nueva situación que tiene necesariamente en cuenta, no el derecho preferente que resulta de la medida complementaria de guarda y custodia, sino el interés de superior protección, que a partir de entonces justifiquen, y por un tiempo determinado. Y es que, adquirida la mayoría de edad por los hijos, tal variación objetiva hace cesar el criterio de atribución automática del uso de la vivienda que el artículo 96 establece a falta de acuerdo entre los cónyuges, y cabe plantearse de nuevo el tema de su asignación, pudiendo ambos cónyuges instar un régimen distinto del que fue asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas". En relación a la segunda delimitación, y siguiendo lo declarado por la sentencia de pleno, se destaca que "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".

5. De acuerdo a estas premisas, la delimitación del contexto interpretativo objeto de debate puede completarse en atención a las siguientes pautas.

En primer lugar , debe señalarse que la ausencia de los requisitos del artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil , esto es, la inexistencia de la convivencia familiar de hijos mayores de edad o emancipados que ya obtienen ingresos propios, no comporta, per se, una aplicación en clave automática de la denegación del uso de la vivienda, ni tampoco puede ser interpretado como un factor determinante a la hora de privar al cónyuge del derecho a usar el domicilio familiar. En parecidos términos, respecto de la decisión de los hijos mayores de convivir con el progenitor que no ostenta el uso del domicilio familiar, que tampoco debe considerarse como factor determinante en orden a la modificación del uso establecido.

En segundo lugar , y conforme a lo señalado, si bien estos hechos podrán ser valorados "atendidas las circunstancias del caso", junto con otras que pudieran concurrir, el mantenimiento del uso de la vivienda o su modificación deberá estar justificado, necesariamente, en el interés más necesitado de protección que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser objeto de un juicio de ponderación en el que, al lado de las circunstancias señaladas, se contrasten directamente (plano de igualdad) las circunstancias e intereses dignos de protección o consideración que presente la situación de cada cónyuge. Todo ello, dentro de una clara flexibilidad valorativa que permite dicho concepto en orden a valorar aspectos tanto de índole práctica como de orden social, particularmente el referido a las circunstancias económicas del cónyuge más desfavorecido, por un tiempo prudencialmente fijado por el Juez.

6. En el presente caso, y pese a la ambigüedad del juicio de ponderación realizado por la Audiencia, debe señalarse, conforme a lo analizado preliminarmente, que en el presente caso no concurre el presupuesto del uso de la vivienda familiar, pues esta fue objeto de transmisión a un tercero sin que se haya impugnado dicha disposición; pudiéndose inferir, con cierta suficiencia, que al margen de esta consideración la sentencia recurrida ha valorado, como criterio determinante de su decisión, la situación económica de la madre en orden a la modificación de medida solicitada.

TERCERO .- Desestimación del recurso y costas.

1. La desestimación del motivo planteado comporta la desestimación del recurso de casación interpuesto.

2. Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1 en relación con lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC , y dadas las dudas de derecho expuestas con relación a la doctrina jurisprudencial aplicable, no procede hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Aurelia contra la sentencia dictada, con fecha 16 de diciembre de 2011, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22ª, en el rollo de apelación nº 427/2011 .

2. No ha lugar a casar por el motivo fundamentado la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. No se hace expresa imposición de costas del recurso de casación interpuesto.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , 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.