



Roj: **STS 3369/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:3369**

Id Cendoj: **28079110012017100492**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/09/2017**

Nº de Recurso: **3362/2016**

Nº de Resolución: **528/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1488/2016,**  
**STS 3369/2017**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 27 de septiembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 262/2016, de la sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dimanante de autos de modificación de medidas núm. 531/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Palma de Mallorca; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Ramón, representado en la Audiencia por la procuradora Dña. Joana Socias Reynes, bajo la dirección letrada de Dña. María del Mar Rosselló Cowell, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Carlota, representada por la procuradora Dña. Teresa Castro Rodríguez, bajo la dirección letrada de Dña. María Josefina Belmonte Vidal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-1.-** D. Ramón, representado por la procuradora Dña. Ana María Ferriol Jaume y bajo la dirección letrada de Dña. María del Mar Rosselló Cowell, interpuso demanda de juicio de modificación de medidas aprobadas en sentencia de divorcio contra Dña. Carlota, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que estime la demanda y acuerde:

- »1) La extinción de la atribución exclusiva a favor de la demandada del domicilio que fue el familiar, cuya descripción se plasma en el hecho segundo de la presente demanda.
- »2) Que el uso de la vivienda familiar sea compartido, disfrutándolo ambos propietarios por años alternos. Subsidiariamente, será el proveyente quien fijará los períodos alternos.
- »3) Subsidiariamente y para el caso de que el juzgador rechace nuestra petición, que se determine un plazo limitado en el tiempo del uso y disfrute de la vivienda de autos por lo que se refiere a la demandada».

**2.-** La demandada Dña. Carlota, representada por la procuradora Dña. Conchita Alemany Morey y bajo la dirección letrada de Dña. Josefina María Belmonte Vidal, 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:

«En cuya virtud se proceda a:

- »1.º- Desestimar íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas al demandante.



»2.º- Subsidiariamente y para el supuesto de estimar procedente la limitación en el tiempo de la atribución del uso de la vivienda familiar a Dña. Carlota , establecer que dicha atribución finalizará transcurridos ocho años, desde la sentencia que se dicte en este procedimiento».

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Palma de Mallorca se dictó sentencia, con fecha 20 de noviembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando en parte la demanda interpuesta por el procurador de los tribunales Dña. Ana María Ferriol en nombre y representación de D. Ramón contra Dña. Carlota , debo acordar y acuerdo haber lugar a la modificación de medidas en su día acordadas en convenio regulador del divorcio y en consecuencia se acuerda atribuir a la Sra. Carlota el uso del domicilio conyugal por plazo limitado de cuatro años a contar desde la fecha de la presente resolución.

»Sin hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas de este juicio».

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada Dña. Carlota , la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia, con fecha 22 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sra. Alemany Morey, en nombre y representación de Dña. Carlota , contra la sentencia de fecha 20-11-2015 , dictada por el Ilmo. Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Palma, en los autos juicio modificación de medidas definitivas de divorcio, de los que trae causa el presente rollo, y, en consecuencia, debemos revocarla y la revocamos, dejándola sin efecto y en su lugar: desestimamos la demanda de modificación de medidas presentada por el Sr. Ramón declarando no haber lugar a la modificación de medidas acordadas en la sentencia de divorcio de fecha 28 de septiembre de 2010, autos 1072/2010 del Juzgado de Primera instancia núm. 3, ni por tanto a la extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar con expresa imposición de costas al actor.

»No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada».

**TERCERO.- 1.-** Por D. Ramón se interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- El interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la aplicación del art. 96 del Código Civil en relación a la atribución del uso del domicilio conyugal y al establecimiento de un límite temporal a dicho uso.

Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el art. 96 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente viene interpretando que la atribución del uso de la vivienda en caso de existir hijos mayores de edad ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del art. 96 del Código Civil , que permite adjudicarlo al cónyuge por el tiempo que prudencialmente se fije, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección, SSTS 707/2013 de 11 de noviembre , 624/2011 de 5 de septiembre , 183/2012 de 30 de marzo y 310/2004 de 22 de abril .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 10 de mayo de 2017 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**2.-** Admitido el recurso de casación y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Teresa Castro Rodríguez, en nombre y representación de Dña. Carlota , presentó escrito de oposición al mismo.

**3.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .- Antecedentes.**

**1.-** Demanda ejercitada y sentencia de primera instancia.

El presente recurso trae causa de la demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio promovida por el ahora recurrente, frente a su ex esposa, en la que solicitaba la extinción de la atribución en exclusiva del uso de la vivienda familiar de propiedad conjunta con aquella, al haber adquirido las hijas en común la mayoría de edad.



La atribución del derecho de uso de la vivienda se atribuyó a la esposa y a las hijas en el convenio regulador del procedimiento previo de divorcio, con el siguiente tenor literal: «El uso de la vivienda familiar sita en [...], se adjudica a la Sra. Carlota . En dicha vivienda convivirá junto a sus dos hijas, Marisa y Raquel ».

La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda ejercitada, en el sentido de atribuir temporalmente el uso de la vivienda familiar a la esposa, con estipulación de un plazo temporal de cuatro años.

Considera el juzgador que es constante la doctrina y la jurisprudencia que viene estableciendo que en ausencia de hijos o cuando éstos sean independientes, el derecho de uso del domicilio conyugal no puede prolongarse de forma indefinida, pues ello supondría vulnerar otros derechos, también legítimos, que le puedan corresponder al copropietario respecto el inmueble. Y que de acuerdo con la jurisprudencia citada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, adquirida la mayoría de edad de las hijas en común, no constituye su interés un interés digno de protección al amparo del art. 96.3 CC .

No obstante, pondera el juzgador cómo el interés más necesitado de protección, en el supuesto examinado, el de la esposa, a la vista de los ingresos de uno y otro ex cónyuge, por lo que se atribuye a ésta el derecho de uso pero limitado temporalmente a un período de cuatro años, de acuerdo con lo solicitado por el actor el escrito de conclusiones.

## 2.- Sentencia de segunda instancia.

Formulado recurso de apelación por la ex esposa, la Audiencia Provincial estima el recurso formulado con revocación de la resolución recurrida, por considerar que los términos de la atribución del derecho de uso de la vivienda en el convenio regulador se atribuyó libremente a la esposa, en uso de las facultades del art. 1255 CC , para que viviera en ella con sus dos hijas, al margen de ser ésta la progenitora custodia, por lo que no resultaría de aplicación la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre el art. 93.3 CC .

Por lo que, considera la sala de apelación que se atribuyó el derecho de uso, únicamente condicionado a la obligación de convivir la esposa con las dos hijas, y que se cumpliría en la actualidad pues las dos hijas aunque mayores de edad son estudiantes y conviven con la madre.

## 3.- Recurso de casación.

Frente a la citada resolución se interpone por el padre recurso de casación fundado en dos motivos, por infracción del art. 96 CC , alegando la existencia de interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (motivo segundo) y la existencia de jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales (motivo primero).

Considera el recurrente, en síntesis, que se ha producido una modificación de las circunstancias al adquirir las hijas en común la mayoría de edad, y que la decisión de éstas de convivir con la madre no debería considerarse factor determinante a la hora de privar al recurrente de su derecho a usar el domicilio familiar del que es copropietario, y menos que dicha atribución de uso en favor de la esposa sea indefinida.

Por ello, solicita que de acuerdo con la sentencia de primera instancia, se limite el uso de la vivienda familiar temporalmente a un período de cuatro años.

### **SEGUNDO** .- *Motivos primero y segundo.*

1.- Motivo primero.- El interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la aplicación del art. 96 del Código Civil en relación a la atribución del uso del domicilio conyugal y al establecimiento de un límite temporal a dicho uso.

2.- Motivo segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2, ordinal tercero de la LEC , el recurso presenta interés casacional, ya que se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, infringiendo el art. 96 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que unánimemente viene interpretando que la atribución del uso de la vivienda en caso de existir hijos mayores de edad ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º del art. 96 del Código Civil , que permite adjudicarlo al cónyuge por el tiempo que prudencialmente se fije, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección, SSTS 707/2013 de 11 de noviembre , 624/2011 de 5 de septiembre , 183/2012 de 30 de marzo y 310/2004 de 22 de abril .

Se desestiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

Esta sala debe declarar que la sentencia impugnada funda su *ratio decidendi* (razón de decidir) en la interpretación del convenio regulador suscrito al tiempo del divorcio, y que el recurso formulado no combate la interpretación del convenio.

En la sentencia recurrida no se ignora la jurisprudencia esta sala, que ha reiterado de forma clara y terminante, en concreto en sentencia de pleno 624/2011, de 5 de septiembre, Rec. 1755/2008 , que dice: «la atribución del



uso de la vivienda familiar en el caso de existir hijos mayores de edad, ha de hacerse a tenor del párrafo 3.º 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».

Por tanto, partiendo del conocimiento de esta doctrina, en la sentencia recurrida se declara:

«Del tenor literal del convenio regulador se desprende, a juicio de esta sala, que si bien se atribuyó a la madre el uso de la vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges, lo fue para convivir en ella con sus dos hijas entonces menores de edad. Por lo tanto no resulta de aplicación la doctrina del TS relativa a la mayoría de edad de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar y que debe estarse a lo dispuesto por el art. 96-3 del CC , es decir, no puede aplicarse lo dispuesto en dicho precepto respecto de la atribución temporal del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, pues, en este caso, los propios cónyuges, dispusieron en libre ejercicio de voluntad ex art. 1255 CC , judicialmente sancionado, atribuir el uso de la vivienda a la esposa copropietaria para vivir en ella con sus dos hijas, por lo tanto al margen de ser ella la progenitora custodia».

De lo expuesto se deduce que en la sentencia recurrida se efectúa una interpretación de lo pactado en convenio, que no se ha discutido en el recurso de casación, en el que se limita la parte recurrente a invocar la doctrina de esta sala sobre custodia compartida, cuando no es esa la base jurídica de la resolución recurrida.

En suma la parte recurrente impugna lo que nadie discute y se abstiene de atacar los puntos neurálgicos de la sentencia, como son los relativos a la interpretación del convenio regulador.

Sobre la eficacia de lo acordado en convenio regular ha declarado esta sala en sentencia de 233/2012, de 20 de abril, rec. 2099/2010 que:

«El convenio es, por tanto, un negocio jurídico de derecho de familia que, de acuerdo con la autonomía de la voluntad de los afectados, puede contener tanto pactos típicos, como atípicos, como es el que ahora nos ocupa, (en un supuesto parecido, STS 758/2011, de 4 noviembre ...»

En igual sentido la sentencia 134/2014, de 25 de marzo , la sentencia 392/2015, de 24 de junio , y la sentencia 678/2015, de 11 de diciembre .

No habiéndose infringido la doctrina jurisprudencial, procede confirmar la sentencia recurrida.

**TERCERO** .- *Costas y depósito.*

Desestimado el recurso de casación procede la imposición de costas al recurrente ( art. 398 LEC de 2000 ).

Procede la pérdida del depósito constituido para recurrir.

## FALLO

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

**1.º**- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Ramón , contra sentencia de fecha 22 de julio de 2016, dictada en apelación núm. 262/2016, de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca .  
**2.º**- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos. **3.º**- Procede imposición en las costas del recurso de casación al recurrente. Procede la pérdida del depósito constituido para el recurso. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.