



Roj: **STS 4117/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4117**

Id Cendoj: **28079110012017100602**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/11/2017**

Nº de Recurso: **3580/2016**

Nº de Resolución: **646/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 957/2016,**
STS 4117/2017

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 646/2017

Fecha de sentencia: 27/11/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3580/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 12/07/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª.

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 3580/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 646/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D^a. M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 27 de noviembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 18 de julio de 2016, dictada en recurso de apelación núm. 27/2016, de la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, dimanante de autos de juicio de familia núm. 707/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Chiclana de la Frontera; recurso interpuesto ante la citada audiencia por Dña. Marisa, representada en primera y segunda instancia por la procuradora Dña. María del Pilar Cano Révora, bajo la dirección letrada de Dña. Ana Isabel Gómez Ayala, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la procuradora Dña. Paloma Barbadillo Gálvez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Belarmino, representado por la procuradora Dña. Sonia de la Serna Blázquez, bajo la dirección letrada de D. Diego Butrón Muñoz.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Belarmino, representado por la procuradora Dña. María José Heredia Losada y asistido del letrado D. Diego Butrón Muñoz, interpuso demanda de modificación de medidas definitivas frente a Dña. Marisa, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que se modifiquen las medidas contenidas en la sentencia de 27 de Junio 2012 en los siguientes términos:

»1.- Se atribuya el uso de la vivienda familiar, sita en Conil de la Frontera, El Colorado, Carretera Cádiz-Málaga Km. NUM000 al esposo D. Belarmino y al hijo que a su cargo está Roque y a la hija Inmaculada, en cuya compañía quedará.

»2.- Se deje sin efecto el pago de pensión alimenticia a la demandada y a favor de los hijos reseñados, al quedar estos a cargo de su padre.

»3.- Se remita copia de la sentencia que se dicte al Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera, a fin de que el uso de la vivienda que se atribuya se inscriba en el mismo como derecho real de uso judicialmente acordado, sobre la participación indivisa de la finca registral NUM001 inscrita a nombre de Doña Remedios.

»Se impongan las costas a la parte demandada si temerariamente se opusiere a la presente demanda, por ser de justicia».

2.- El fiscal se personó en las actuaciones en defensa y protección de los hijos menores solicitando se entiendan con él las sucesivas diligencias que afecten a los mismos y en otrosí solicitó:

«Que se cumplimente el trámite de vista de conformidad con lo dispuesto por los arts. 443, 429,1 y 770, 3.º y 5.º de la Ley Procesal mencionada como requisito necesario para formular las peticiones concretas que afecten a los menores en cuanto al ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos».

3.- La demandada Dña. Marisa contestó a la demanda y formuló demanda reconventional, actuando en su representación la procuradora Dña. María del Pilar Cano Révora y bajo la dirección letrada de Dña. Ana Isabel Gómez Ayala.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia:

«Por la que desestime íntegramente la demanda de modificación de medidas instada por D. Belarmino contra mi representada, imponiendo las costas a la parte actora».

Formuló demanda reconventional con los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes suplicando al juzgado:

«Se modifique la sentencia de 27 de junio de 2012 dictada en los autos separación contenciosa núm. 765/2011, y deje sin efecto la medida de atribución del uso de la vivienda sita en Carretera Nacional núm. 340, kilómetro NUM000, núm. NUM002, de Conil de la Frontera, debiéndose devolver el uso a su legítima propietaria o legítimos propietarios, por no ser usada por ninguna de las personas a las que se atribuyó al haber cambiado las circunstancias; además se dicte resolución por la que mantengan las pensiones de alimentos establecidas en la sentencia, o al menos, la de la hija Inmaculada, por ser aún dependiente de sus padres, al seguir estudiando en la universidad; debiéndose imponer las costas al Sr. Belarmino, actor de la demanda principal».



4.- El demandante D. Belarmino , a través de su procuradora personada Dña. María José Heredia Losada, contestó a la reconvencción con los hechos y derechos que juzgó oportunos solicitando:

«En definitiva se dicte sentencia con desestimación de la misma y con imposición de costas a la parte demandada reconveniente».

5.- El fiscal se opuso a la demanda reconvenccional interesando al juzgado:

«Se dicte en su día sentencia, donde de conformidad con lo probado se resuelva sobre:

»1.- Determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos menores de edad.

»2.- Régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos menores con el otro progenitor.

»3.- Cantidades que deben aportarse por cada progenitor para atender a las necesidades de alimentación y educación del menor, bases de actualización y garantías que deben prestarse para asegurarlas.

»4.- Atribución, si procede, del uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario a los menores y al progenitor en cuya compañía queden».

6.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Chiclana de la Frontera se dictó sentencia, con fecha 10 de junio de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo.

»1.º- Que estimo parcialmente la demanda de modificación de medidas definitivas interpuesta por la procuradora de los tribunales Sra. Heredia Losada, en nombre y representación de D. Belarmino , frente a D.ª Marisa , representada en autos por la procuradora de los tribunales Sra. Cano Révora; y desestimo en su totalidad la demanda reconvenccional interpuesta por la demandada contra el demandante; y, en consecuencia, acuerdo modificar las medidas establecidas en la sentencia de separación de 27.6.2012 en el único sentido de suprimir la obligación establecida a cargo de D. Belarmino de pagar una pensión por alimentos a favor de los hijos del matrimonio Inmaculada y Roque , manteniendo en lo demás las medidas acordadas en dicha sentencia y declarando no haber lugar al resto de pretensiones de las partes.

»2.º- Cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 18 de julio de 2016 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimando como estimamos, el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Belarmino contra la sentencia de fecha 10 de junio de 2015 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de los de Sanlúcar de Barrameda en el juicio verbal de modificación de medidas matrimoniales de que este rollo trae causa, y en consecuencia, debemos revocar, y revocamos, el fallo de la misma en el sentido de atribuir al apelante el uso de la vivienda familiar, todo ello sin hacer declaración en cuanto a las costas del recurso, así como la devolución al apelante del depósito constituido para recurrir al amparo de la disposición adicional decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre ».

Y por la misma sección se dictó auto de aclaración de la sentencia en fecha 7 de septiembre de 2016 , cuya parte dispositiva señala:

«Por lo anteriormente expuesto se subsana el defecto advertido en la sentencia de fecha 18-07-16 en el sentido de rectificar el encabezamiento y el fallo, consistente donde dice "Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de los de Sanlúcar de Barrameda" debe decir: "Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de los de Chiclana de la Frontera".

TERCERO.- 1.- Por Dña. Marisa se interpuso recurso de casación por interés casacional basado en el siguiente:

Motivo único: Al amparo de lo dispuesto en el núm. 3 del apartado 2 del art. 477 de la LEC , se viene a recurrir en casación por haberse infringido el art. 96.3 del Código Civil que establece que «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección», presentando interés casacional debido a que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que establece «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 3.º del art. 96 CC , que permite adjudicarlo por



el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de abril de 2017, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Sonia de la Serna Blázquez, en nombre y representación de D. Belarmino, presentó escrito de oposición al mismo; por su parte el Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso de casación, solicitando:

«Revocarse la sentencia de la Audiencia y confirmarse la sentencia de primera instancia ya que como se dice en ella es su hija Remedios la titular registral y ella se opone a que el padre resida en esa vivienda, no habiendo sido Remedios parte en este proceso, no se puede conceder por la Audiencia el derecho de uso de un domicilio que no es el familiar, que está desocupado, y cuyo título es discutido por un tercero con derecho inscrito».

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 12 de julio de 2017, en que tuvo lugar. Por providencia de fecha 27 de septiembre de 2017 se dio traslado a las partes para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes respecto a la existencia de gravamen, alegaciones realizadas por ambas partes y que constan unidas al rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- Demanda: El esposo instó mediante demanda presentada en fecha 5 de septiembre de 2014 la modificación de las medidas definitivas, acordadas en sentencia de separación de 27 de junio de 2012, respecto de las pensiones alimenticias a favor de la esposa y los hijos y la atribución de la vivienda familiar instando se le atribuyera al demandante en lugar de a la esposa.

2.- Actuación de la parte demandada: la demandada contestó a la demanda, solicitando la desestimación de la demanda y formulando reconvencción, en la que instaba que se devolviera el uso de la vivienda que le había sido atribuida en sentencia a sus legítimos propietarios, considerando como tal a la hija de ambas partes, Remedios.

3.- Reconvencción:

El demandado se opuso a la reconvencción, alegando que efectivamente se trataba de vivienda familiar y el suyo era el interés más necesitado de protección. Así como que la vivienda era en realidad de su propiedad, siendo la titularidad registral de su hija como propietaria meramente formal.

Se dio traslado al Ministerio Fiscal, que había interesado se le tuviera por personado y parte, presentó después escrito justificando su intervención por la existencia de hijos menores de edad, pese a que en autos consta que todos los hijos eran mayores de edad.

4.- Sentencia de primera instancia (de fecha 10 de junio de 2015, autos de juicio de modificación de medidas 707/2014, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Chiclana de la Frontera).

Estimó parcialmente la demanda, suprimiendo las pensiones de alimentos.

Desestimó la pretensión de atribución de la vivienda, por considerar que es improcedente pronunciarse al respecto, al no tener el inmueble el carácter de vivienda familiar.

Desestimó la reconvencción.

5.- Sentencia de segunda instancia (de fecha 18 de julio de 2016 por la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª), aclarada por auto de fecha 7 de septiembre de 2016, corrigiendo error en la identificación del juzgado de procedencia:

Estimó el recurso formulado por el demandante, considerando que el inmueble en cuestión tiene el carácter de vivienda familiar, porque así la consideraron las partes, que no recurrieron la sentencia de separación. Considera que es hecho nuevo relevante el que las personas a cuyo favor se estableció el uso de la vivienda ya no la ocupen ni reclamen tal uso y en función de ello atribuye el mismo al apelante/demandante.

Hace expresa reserva de las acciones legales que pudieran corresponder a terceras personas en cuanto a la propiedad del inmueble.

6.- Recurso de casación:

Contra dicha sentencia se interpone por la demandada recurso de casación.

La parte recurrente utiliza el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC, que constituye la vía casacional adecuada, habida cuenta que el procedimiento se tramitó en atención a la materia.

El recurso de casación se articula en un motivo, en el que se invoca la infracción de la doctrina de esta sala sobre la atribución de vivienda familiar, en dos aspectos:

- 1.- No cabe pronunciamiento en el proceso de separación o divorcio respecto de inmuebles que no tengan el carácter de vivienda familiar.
- 2.- En caso de pronunciarse al respecto, en los supuestos en los que los hijos son mayores de edad, sólo puede atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección y por tiempo limitado.

SEGUNDO .- *Hechos acreditados y no contradichos.*

- 1.- La vivienda que fue familiar y en la que residió la esposa con los hijos, en virtud de atribución en el proceso matrimonial, no está actualmente ocupada por ella.
- 2.- La demandada reside actualmente en Alicante, ciudad a la que se trasladó.
- 3.- La vivienda es de titularidad registral de la común hija Remedios, la que declaró la obra nueva y edificó sobre finca indivisa.
- 4.- Remedios no ha sido parte en el procedimiento, siendo mayor de edad y vive independiente, habiendo manifestado su oposición a que el padre resida en la vivienda.

TERCERO .- *Motivo único.*

Motivo primero y único.- Al amparo de lo dispuesto en el núm. 3 del apartado 2 del art. 477 de la LEC, se viene a recurrir en casación por haberse infringido el art. 96.3 del Código Civil que establece que «no habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección», presentando interés casacional debido a que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que establece «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 3.º del art. 96 CC, que permite adjudicarlo por el tiempo que prudencialmente se fije a favor del cónyuge, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

Plantea la recurrente:

1. Si es correcto que la Audiencia Provincial se pronuncie sobre la atribución al otro cónyuge del uso de dicha vivienda, en el supuesto de que se considere que no tiene el carácter de vivienda familiar. La vivienda no se encuentra ya ocupada por la esposa a quien se le atribuyó el uso y quien considera ya extinguido su derecho.
2. Si en caso de atribuirse dicha vivienda, debe serlo en todo caso fijando un límite temporal.

CUARTO .- *Gravamen para recurrir.*

La recurrente no pretende la vivienda para sí, sino para una hija mayor de edad, entendiendo la recurrente que su hija era la propietaria.

La vivienda fue atribuida en procedimiento de separación conyugal a la esposa e hijos, pero la Sra. Marisa se trasladó de ciudad y los hijos son mayores de edad y no consta dependencia económica.

A la vista de estas circunstancias, la sala acordó oír a las partes sobre la existencia de gravamen.

Estudiadas las alegaciones de las dos partes, procede declarar de acuerdo con el art. 448 LEC que la Sra. Marisa ostenta legitimación suficiente para recurrir, dada la existencia de gravamen o potencial perjuicio que pudiera resultar de la tramitación del presente recurso, dado que:

1. El presente procedimiento de modificación de medidas lo es de las acordadas en procedimiento de separación conyugal, con lo que lo que se acuerde en el mismo, no cierra la vida jurídica del matrimonio.
2. Si se mantuviese la declaración de la vivienda como vivienda familiar, la Sra. Marisa quedaría afectada por las cuestiones económicas derivadas de esta atribución.
3. La Sra. Marisa tendría que seguir litigando en futuros procedimientos de familia por la cuestión relativa a la vivienda familiar y siempre partiendo de lo que se declarase en la presente sentencia, la cual, por tanto, le afecta.

El art. 448. 1 LEC establece que se podrán recurrir las resoluciones judiciales que «afecten desfavorablemente» a las partes.

Sobre el particular esta sala ha declarado:

Sentencia 188/2012, de 27 de marzo :

«El recurso de casación exige un interés para recurrir -gravamen-, el cual puede ser económico, o estrictamente jurídico, pero en todo caso ha de suponer que se pretende eliminar un posible perjuicio u obtener un beneficio propio, que no tiene quien ha sido absuelto en la sentencia. El presupuesto se recoge con carácter general para todos los recursos en el artículo 448.1 LEC que dispone que "contra las resoluciones judiciales que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley". Posiblemente ha habido en el contenido de la sentencia el presupuesto del gravamen que autorizaba a recurrir, pero este gravamen venía referido a la no imposición de las costas al litigante vencido, no al presupuesto de fondo que le ha resultado favorable».

Sentencia 582/2016, de 30 de septiembre :

«Como resumen de lo expuesto, puede afirmarse que es presupuesto de admisibilidad del recurso en el proceso civil, y en concreto del recurso de apelación, que la resolución recurrida afecte desfavorablemente al recurrente, por lo general una parte del proceso aunque excepcionalmente pueda ser un tercero al que alcancen los efectos de la cosa juzgada; que ese gravamen ha de ser propio del recurrente, pues no puede recurrirse por el perjuicio causado a otro; y que, como regla general, el perjuicio ha de concretarse en la existencia de un pronunciamiento desfavorable en el fallo o parte dispositiva de la resolución, aunque excepcionalmente pueda recurrirse cuando las declaraciones contenidas en la fundamentación jurídica de la resolución generen por sí solas un perjuicio para el recurrente, sin que la mera disconformidad de la parte con los razonamientos de la resolución constituya por sí misma un perjuicio».

Igualmente el Tribunal Constitucional en sentencia 17/2003, de 15 de septiembre , alegada por el recurrente, cuando declara:

«El verdadero núcleo de la misma se halla en la determinación de si es preciso, como presupuesto del recurso, que el perjuicio que el recurrente sufra derive precisamente de la parte dispositiva de la resolución judicial. Y, como hemos adelantado, nuestro sistema procesal no permite mantener semejante solución. En este sentido, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que es perfectamente imaginable la existencia de supuestos en los que las declaraciones de la resolución judicial, contenidas en su fundamentación jurídica, generen un perjuicio para el recurrente, con independencia absoluta del contenido de tal parte dispositiva. Y, sobre esta base, no existe razón alguna para negar, con carácter general, que la vía de los recursos pueda ser utilizada para la impugnación de aquellas declaraciones, so pretexto de una pretendida concepción de los recursos como limitados a aquellas pretensiones que tengan por objeto la alteración de la parte dispositiva de la resolución judicial recurrida, concepción limitada que no encuentra un fundamento jurídico que la sostenga, máxime teniendo en cuenta que con la misma se están restringiendo las posibilidades de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas y, en consecuencia, afectando a un derecho fundamental de las mismas, el reconocido en el art. 24.1 CE ».

QUINTO .- *Decisión de la sala.*

Se estima el motivo.

Sobre la cuestión esta sala ha declarado:

1. Sentencia 284/2016, de 3 de mayo :

«Ahora bien, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo. 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (STS 10 de octubre 2011).

»En el presente caso se dan los dos supuestos pues la vivienda que fue familiar dejó de serlo por acuerdo entre los esposos y porque como consecuencia de la atribución al esposo del domicilio conyugal y la compra de



otra por la esposa, a la que se trasladó a vivir con la hija, quedaron satisfechas las necesidades de habitación. La sentencia recupera el carácter familiar de la vivienda que dejó de serlo por voluntad de los interesados, y ello contradice la jurisprudencia de esta Sala. La atribución del uso a la menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario, como dicen las sentencia de 29 de marzo y 10 de octubre de 2011 , y esta tutela de los intereses del menor, siempre prevalentes, se procuró en su momento y se mantiene en la actualidad; actualidad que es ajena a las vicisitudes posteriores desde el momento en que dejó de tener el carácter al que la norma asocia el uso».

2. Sentencia 604/2016, de 6 de octubre :

«Por consiguiente, la sentencia recurrida, utilizando el criterio del interés de los hijos mayores, contradice la doctrina de esta sala y ha de ser casada, sin que ninguna influencia tenga el hecho de que existan otras viviendas al no ser posible fijar en procedimiento matrimonial el uso de los segundos domicilios u otro tipo de locales que no constituyan vivienda familiar, que es al que se refiere el artículo 96 del Código Civil (sentencia 9 de mayo de 2012)».

3. La STS 191/2011, de 29 marzo :

«Dictada en un caso en que la madre que ostentaba la guarda, había pasado a habitar con su hija una casa propia y el progenitor propietario pedía la devolución, dijo que "[...] cuando el hijo no precisa de la vivienda familiar , por encontrarse satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios, [...]no puede pretenderse una especie de reserva de la que fue vivienda familiar durante el matrimonio para poder usarla en el hipotético caso en que no fuese posible el uso de la vivienda en la que ahora el hijo convive con la titular de su guarda y custodia. [...]La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC ».

4. Sentencia 695/2011, de 10 de octubre :

«Tal como afirma la STS 178/2011, de 18 marzo "B) Para el caso de que no exista negocio jurídico alguno que justifique la ocupación, y frente a la posible reclamación de su propietario, no podrá oponerse la atribución del uso de la vivienda que haya sido establecido en el ámbito de un procedimiento de familia. Tal y como indica la sentencia del pleno de la sala de 18 de enero de 2010 [RC n.º 1994/2005], la solución a estos conflictos debe ser dada desde el punto de vista del Derecho de propiedad y no desde los parámetros del Derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio o la separación de los cónyuges, nada tienen que ver con los terceros propietarios"».

De lo expuesto se deduce que hay que estimar el recurso dado que no se trata de vivienda familiar, ya que dejó de serlo desde que la esposa se trasladó a Alicante y tampoco consta que el demandante tenga el interés más necesitado de protección, todo ello sin perjuicio de las acciones que las partes crean ostentar sobre la propiedad del inmueble.

En la sentencia recurrida se atribuye al esposo una vivienda en su consideración de que era familiar, cuando había dejado de serlo. La atribución a la esposa lo fue en consideración a la edad de los hijos, y esta variable ha desaparecido dada la independencia de los hijos y el traslado de la madre de ciudad.

Se estima el recurso, se casa la sentencia recurrida y asumiendo la instancia se confirma íntegramente la sentencia de 10 de junio de 2015, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Chiclana de la Frontera, procedimiento de modificación de medidas 707/2014 .

SEXTO .- *Costas*.

Estimado el recurso, no procede imponer a la recurrente las costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Dña. Marisa , contra sentencia de 18 de julio de 2016, dictada en el recurso de apelación núm. 27/2016, de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz .

2.º- Casar la sentencia recurrida y asumiendo la instancia confirmamos íntegramente la sentencia de 10 de junio de 2015 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Chiclana de la Frontera, procedimiento de modificación de medidas 707/2014 .



3.º- No procede imponer a la recurrente las costas de la casación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ