



Roj: **STS 4277/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4277**

Id Cendoj: **28079110012016100565**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/10/2016**

Nº de Recurso: **1986/2014**

Nº de Resolución: **604/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 6 de octubre de 2016

Esta sala ha visto el recursos de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de divorcio n.º 1013/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 76 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Demetrio, representado ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales doña María Jesús González Díez; siendo parte recurrida doña Apolonia, representada por el Procurador de los Tribunales don Federico Pinilla Romero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.º.- La procuradora doña Felisa Sánchez Moreno, en nombre y representación de doña Apolonia, interpuso demanda de juicio sobre disolución de matrimonio contra don Demetrio y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«declarando la disolución del matrimonio por divorcio constituido por los referidos cónyuges de acuerdo con lo establecido en el art. 86 del CC tras la reforma introducida en dicho texto legal por la Ley 11/2005 de 8 de Julio, con todo lo demás que en justicia proceda incluida la condena en costas al aquí demandado, y determinando en la propia sentencia de conformidad con lo establecido en los arts. 142, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 del CC los siguientes efectos inherentes a la misma:

»1.- Atribuir a la SRA Apolonia en compañía de sus dos hijos el uso y disfrute de la vivienda que ha tenido condición de conyugal sita en la CALLE000, n.º NUM000 en Madrid, teniendo vinculadas a dicha vivienda las plazas de garaje n.º NUM001 y NUM002, cuyo uso también se solicita para la esposa y los hijos hasta la Independencia económica de los hijos. Acordar que el SR Demetrio tendrá que salir del inmueble en el plazo de cinco días desde la notificación del auto.

»2.- Que en concepto de pensión de alimentos para los hijos se fije con cargo al SR Demetrio a partir de julio de 2013 la suma 2.108,19 euros mensuales para ambos hijos, esto es la suma de 1.054,095 euros mensuales para cada hijo, pagaderos dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, con actualización anual conforme al IPC que emite el INE u organismo que en su día lo reemplace. Desde la fecha de

interposición de la demanda y hasta julio de 2013 inclusive la pensión que lo deberá abonar el Demetrio lo deberá ser en la cuantía de 2114,595 euros mensuales, esto es como pensión para la hija el importe de 1414,595 euros al mes y para el hijo la cantidad de 700 mensuales mientras mantenga su curso Universitario en Montreal, devengándose dichas pensiones con efectos desde la interposición de esta demanda en virtud de lo establecido en el art 148 CC, »3.- Que los gastos extraordinarios médicos que puedan producirse en



la vida de los hijos, no cubiertos por la seguridad social médica, así como respecto a las clases particulares, academia, máster, Erasmus de la hija, serán abonados al 50% entre cónyuges previo acuerdo de los mismos o en su defecto autorización judicial.

»4.- No procede fijar pensión compensatoria a favor de ninguno esposos por gozar ambos de independencia económica y por subsistir sus propios medios.

»5.- Que hasta la liquidación de la sociedad legal de gananciales se atribuya al demandado el uso y disfrute del inmueble de El Escorial, que está totalmente pagado y acondicionado así como amueblado y decorado.

»6.- En relación con la vivienda de la C/ DIRECCION000 y hasta tanto en cuanto se produzca la liquidación de la sociedad legal de gananciales, la administración ordinaria del inmueble debe atribuirse mi representada, sin perjuicio de que mi mandante entregara al demandado el 50% de la renta neta que resulte cada mes, y con la obligación de pagar en aquellos momentos en que el inmueble no este arrendado o cuando el precio del alquiler no alcance a cubrir los gastos derivados de dicho inmueble al 50% entre los aquí litigantes.

»7- Que se atribuya el uso y disfrute del Vehículo marca infiniti al Sr. Demetrio , abonando todos los gastos derivados de dicho uso.

»8.- Que se atribuya el uso y disfrute del Vehículo marca Siroco al hijo Santiago , abonando al 50% los progenitores el seguro de dicho coche.

»9.- Que se atribuya el uso y disfrute del Vehículo marca Audi A3, matrícula HHM a mi mandante, debiendo hacerse cargo de los gastos Inherentes al mismo.

»10.- Que se atribuya el uso y disfrute de la Moto, al hijo Santiago abonando el seguro al 50% entre los aquí litigantes

»11.- En relación con la plaza de garaje independiente a la vivienda conyugal, plaza nº NUM003 sita en la C/ DIRECCION001 nº NUM004 de Madrid y respecto de las cuentas en USA se acuerde la administración conjunta por los aquí litigantes de dichas cuentas que están reflejadas en los ordinales 10 y 11 del hecho tercero apartado activo de esta demanda, así como se acuerde la administración las cuentas y activos financieros ligados a la adquisición de Microsoft.

»12.- Que se disuelva la sociedad legal de gananciales».

2.- La procuradora doña María Jesús Rodríguez Diez, en nombre y representación de don Demetrio , 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 acuerde :

«1.- El divorcio del matrimonio formado por D^a Apolonia D. Demetrio con la disolución del régimen económico de gananciales.

»2.- No haber lugar a atribuir el uso del domicilio familiar y plazas de garaje núms. NUM001 y NUM002 , a la actora e hijos, al haber alcanzado éstos la mayoría de edad y si se pronunciara sobre el uso del domicilio familiar se atribuyera por años alternativos hasta su liquidación.

»3°.- Alternativamente, con respecto al uso del domicilio, si fuera concedido a la esposa e hijos el domicilio familiar, le sea concedido al demandado el uso y administración del piso de la calle DIRECCION000 , por el mismo plazo y hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, asumiendo cada uno los gastos que el inmueble genere.

»4°.- Que en concepto de pensión de alimentos se fije con cargo al Sr. Demetrio , la cantidad de 275,00 € para Santiago , y 750,00 € para Camila , cantidad esta que permanecerá hasta, que acaben la formación universitaria, reduciéndose automáticamente en ambos casos a la finalización de la misma, en la cuantía que el coste universitario represente en la totalidad de los alimentos. La cantidad será satisfecha dentro de los cinco primeros días de cada mes y actualizable conforme al IPC.

»5°.- Que los gastos extraordinarios médicos no cubiertos por la Seguridad Social o sociedad médica y los libros, sean satisfechos por ambos progenitores en la proporción de 63% para la actora y el 37% para el demandado, y en la misma proporción el resto de gastos extraordinarios, previo acuerdo de ambos y en su defecto por decisión Judicial

»6°.- Se atribuya la administración conjunta, de todos los bienes gananciales excepto el domicilio familiar y el inmueble de la calle DIRECCION000 , si se hubiera atribuido su uso, a D^a Apolonia y D. Demetrio , asumiendo al 50% todos los gastos.



»7º.- No haber lugar a atribuir el uso y disfrute del vehículo marca Volkswagen Siroco y la moto a favor del hijo Santiago , ni la asunción del coste del seguro al 50% entre las partes.

»8º.- Que la cantidad fijada en concepto de alimentos lo sea a partir de la fecha de la sentencia»

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n º 74 de Madrid dictó sentencia con fecha 7 de mayo de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Estimar parcialmente la demanda presentada por D^a Apolonia y, en consecuencia, se acuerda la disolución por divorcio del matrimonio contraído por D^a Apolonia y D. Demetrio , sin especial pronunciamiento en cuanto a costas, con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración y, en particular, las siguientes:

»A) El Sr. Demetrio contribuirá en concepto de pensión alimenticia para su hijo mayor de edad Santiago con la suma de 450 euros mensuales, y en concepto de pensión alimenticia para si hija mayor de edad Camila con la suma de 1100 euros, sumas cuyo pago se devenga desde la fecha de interposición de la demanda, y deberán ser abonadas los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que la madre designe al efecto y que se actualizaran anualmente de acuerdo con las variaciones del IPC, siendo la primera fecha de actualización el 1 de enero de 2014; los gastos extraordinarios, tales como gastos médicos no cubiertos por seguridad social o seguro privado, gastos por viajes programados por el centro universitario, idiomas, master, profesores particulares o similares y otros análogos, sean sufragados al 50% por ambos progenitores previo acuerdo de su necesidad, o con decisión judicial caso de desacuerdo.

»B) Se atribuye el uso del que fue domicilio conyugal, sito en la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, piso NUM005 NUM006 , escalera NUM007 . Bloque NUM004 , de manera alternativa a la Sra. Apolonia y al Sr. Demetrio , haciéndolo por periodos alternativo de dos años, comenzando el primero en la fecha del dictado de esta resolución, correspondiendo el primer periodo bianual a la Sra. Apolonia , debiendo abonar durante los periodos en que cada uno de ellos use del mismo los gastos ordinarios de suministros y mantenimiento así como gastos ordinarios de comunidad de propietarios, y recayendo sobre ambos los gastos inherentes a la propiedad del mismo.

»C) Se declara disuelta la sociedad de gananciales que regía en el matrimonio, correspondiendo la administración conjunta de los bienes gananciales a ambos cónyuges».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Demetrio . La Sección 24.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Demetrio , representado por la Procuradora D^{ña}. M^a JESÚS GONZÁLEZ DIEZ, frente a la Sentencia de fecha siete de Mayo de dos mil trece, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 76 de MADRID , en autos de DIVORCIO, con el nº 1013/12 seguidos contra D^{ña}. Apolonia , representado por la Procuradora D^{ña}. FELISA SÁNCHEZ MORENO; y ESTIMANDO PARCIALMENTE el recurso de apelación interpuesto por D^{ña}. Apolonia , representado por la Procuradora D^{ña}. FELISA SÁNCHEZ MORENO seguido contra D. Demetrio , representado por la Procuradora DO^{ña} M^a JESÚS GONZÁLEZ DIEZ; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE la citada resolución remitiéndose a los fundamentos antes expuestos en cuanto a la estimación parcial del recurso y atribuir el uso y disfrute del domicilio conyugal a la progenitora que vive con los hijos y de su uso exclusivamente hasta su independencia económica de los hijos comunes, y sin hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las causadas ni en la primera ni en la segunda instancia».

CUARTO.- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de don Demetrio con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.- Al amparo del art. 477.2. de la LEC por infracción del número 3 del artículo 96 existiendo interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 5.9.2011 , 30.3.12 y 11.11.2013). Segundo.- Al amparo del art. 477. 2. de la LEC , por infracción del art. 145 y 146 existiendo interés casacional por oposición a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 12.4.1994 y 21.11.2003, recogida en la sentencia que se aporta de la Audiencia Provincial de Madrid).

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 2 de marzo de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

SEXTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador don Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación de doña Apolonia , presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 27 de septiembre de 2016 en que tuvo lugar



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se formulan dos motivos de casación contra la sentencia que resuelve dejar el uso de la vivienda familiar a la progenitora que vive con los dos hijos mayores de edad hasta la independencia económica de estos, y le condena a pagar alimentos de 450 euros a uno de ellos y de 1.100 euros al otro.

El primero de ellos contradice a juicio de la parte recurrente la doctrina de esta Sala establecida en las sentencias de 5 de septiembre de 2011 y de 11 de noviembre de 2013 , con vulneración del artículo 96.3 del Código Civil . En el segundo combate los alimentos fijados en favor de sus dos hijos, con cita de los artículos 145 y 146 y de la jurisprudencia de esta sala (sentencias de 12 de abril de 1994 y 21 de noviembre de 2003).

SEGUNDO.- Se estima el primero. Como fundamento del interés casacional se cita la Sentencia de fecha 5 de septiembre de 2011 a la que añade la posterior de 30 de marzo de 2012, cuya doctrina ha sido reiterada en las sentencias de 14 de noviembre de 2012 , 12 de febrero de 2014 , 29 de mayo 2015 y 17 de marzo 2016 . En ellas se establece lo siguiente:

«... 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...».

«...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 el caso que se enjuicia la sentencia recurrida valora que los hijos viven con su madre y que no tienen independencia económica encontrándose en periodo de formación por lo que, dice, sin citar jurisprudencia alguna, que solo cabe hacer el uso y atribución del domicilio "a los hijos por ser estos el interés más necesitado de protección" y "exclusivamente hasta la independencia económica".

Sin duda, el desconocimiento de la jurisprudencia sobre esta materia justifica el interés casacional que ha dado lugar al recurso de casación. El uso se atribuye al progenitor, como luego se dice en el fallo, y por el tiempo que prudencialmente se fije a su favor y este tiempo no es el que conviene a los hijos sino a ella, aunque pueda valorarse la circunstancia no solo de que convivan con ella los hijos, sino de que aquella custodia que se había establecido a su favor durante su minoría de edad desaparece por la mayoría de edad y si estos necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, pueden pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

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). Como consecuencia, y conforme se interesa y se interesó en la instancia, y se acordó en la sentencia del juzgado, se mantiene el uso alternativo de la vivienda familiar dispuesto en la misma.

TERCERO.- Se desestima el segundo. Quien recurre conoce la jurisprudencia de esta sala en el sentido de que en la determinación de este importe económico a cargo de los Tribunales rige el prudente arbitrio de éstos y su revisión casacional sólo puede tener lugar cuando se demuestre concurrir infracción legal (sentencias de 16-11-1978 , 30-10-1986 , 5-10-1993 y 3-12-1996); si se trata de una resolución ilógica o si hay una evidente desproporción entre la suma establecida en razón a los medios económicos del alimentante y las necesidades reales del alimentista, tratándose de situación que no alcanza estado definitivo, ya que puede ser objeto de variación, conforme las previsiones del artículo 147 del Código Civil .

De una o de otra forma, este argumento se ha reiterado en las sentencias más recientes de 28 de marzo de 2014 , 14 de julio y 21 de octubre 2015 , señalando que «...que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146", de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión y la integración de los gastos que se incluyen en la misma, "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o



de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación"» (SSTS de 21 noviembre de 2005 ; 26 de octubre 2011 ; 11 de noviembre 2013 , 27 de enero 2014 , entre otras).

Pues bien, nada de arbitrario hay en la determinación de los alimentos establecidos en favor de los dos hijos del matrimonio. La sentencia no atiende solo a los ingresos de cada uno de los cónyuges. Atiende a otros datos para concretar el caudal y medios del alimentante, conforme a los artículos 93, párrafo segundo , y 146 del Código Civil : ambos progenitores son propietarios de un importante patrimonio, como reconoce el recurrente, pero, además, la sentencia tiene cuenta no solo la situación reconocida de paro de uno y el trabajo del otro, sino la existencia de importantes recursos económicos y de un excelente nivel de vida del esposo. El recurso de casación no es una tercera instancia que permita revisar los hechos, ni como consecuencia revisar la decisión tomada en la sentencia recurrida cuando los criterios utilizados respetan el canon de la proporcionalidad para establecer la cuantía de los alimentos.

CUARTO.- Se casa en parte la sentencia y, asumiendo la instancia, se ratifica el pronunciamiento de la sentencia del juzgado sobre la vivienda; manteniendo la recurrida en todo lo demás; todo ello sin hacer especial declaración de las costas causadas en ambas instancias ni en este recurso de casación, de conformidad con el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

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

1.- Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D Demetrio contra la sentencia de 5 de mayo de 2014, dictada por la Sección 24.^a de la Audiencia Provincial de Madrid . **2. -** Casamos la expresada sentencia en lo que se refiere al uso de la que fue vivienda familiar, sito en la CALLE000 n.º NUM000 de Madrid, piso NUM005 .º NUM006 , escalera NUM007 , bloque NUM004 , que será el determinado en la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 76 de Madrid en los autos 1013/2012, que declaramos sin valor ni efecto alguno, manteniéndola en todo lo demás. **3º. -** No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de las instancias. 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.