

Roj: **STS 113/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:113**Id Cendoj: **28079119912017100002**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **991**Fecha: **19/01/2017**Nº de Recurso: **1222/2015**Nº de Resolución: **31/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 19 de enero de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de juicio de divorcio n.º 186/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Quart de Poblet, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de doña Esperanza , representada ante esta Sala por la Procuradora de los Tribunales de oficio doña Ana Maravillas Campos Pérez Manglano. No ha comparecido la parte recurrida. Autos en los ha sido parte el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. -1.- La procuradora doña Teresa Castillejo López, en nombre y representación de doña Esperanza , interpuso demanda de juicio de divorcio, contra don Alfonso y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

- «1. La disolución del matrimonio entre la demandante y el demandado
- »2. La Patria Potestad compartida entre los progenitores sobre los hijos del matrimonio.
- »3. La guardia y custodia del menor Eduardo y la guarda de la hija Rosana . en la persona de mi representada.
- »4. Régimen de visitas a favor del demandado y consistente en:
 - » Dada la edad de Rosana y Eduardo . y dada la buena relación que padre e hijos han mantenido hasta el momento se acuerda que ambos se vean libremente y cuantas veces así lo deseen.
- »5. La atribución de la vivienda familiar a mi representada. El demandado, tendrá derecho a retirar de la vivienda sus enseres personales.
- »6. La contribución para el sostenimiento de las cargas derivadas de la familia, en la cantidad de 250 euros como pensión de alimentos por cada uno de los hijos, Rosana y Eduardo y que serán abonados en los cinco primeros días de cada mes, así como los gastos extraordinarios, que habrán de ser asumidos por ambos progenitores a partes iguales. La cantidad será revisada anualmente según los índices oficiales de precios al consumo.
- »7. La disolución del régimen económico matrimonial.



»8. La fijación de una pensión compensatoria a favor de mi representada, habida cuenta del perjuicio sufrido por el divorcio con el demandado, de forma vitalicia y consistente en 300 Euros mensuales. cantidad que habrá de ser satisfecha del 1 al 5 de cada mes, en la cuenta que al efecto se designe y que será revisada anualmente según los índices oficiales de precios al consumo.

»9. La condena en costas al demandado».

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda y alegando los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Susana Fazio López, en nombre y representación de don Alfonso , 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:

«La disolución del matrimonio por divorcio de doña Esperanza y don Alfonso .

»Otorgar la patria potestad de manera compartida.

»Otorgar la guarda y custodia del hijo menor de edad a don Alfonso .

»La atribución de la vivienda familiar, de carácter privativo del esposo, a don Alfonso .

»La disolución del régimen económico matrimonial.

»Adoptar las demás medidas inherentes a la declaración de divorcio conforme la propuesta de pacto de convivencia aportado como documento número treinta y uno.

»La condena en costas a los demandante».

SEGUNDO.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Quart de Poblet dictó sentencia con fecha 3 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de doña Esperanza contra don Alfonso debo acordar y acuerdo la disolución del matrimonio por divorcio de los expresados, con todos los efectos legales y, como medidas definitivas las siguientes:

»1.- Se atribuye el uso y disfrute del domicilio familiar y del ajuar doméstico, a la esposa, Sra. Esperanza , por ser el interés más necesitado de protección y por un plazo de tres años, a contar desde la fecha de la presente resolución. Durante este plazo los gastos de suministros de la vivienda, como agua, luz, gas, etc... serán abonados por la esposa, lo mismo que los gastos ordinarios de comunidad, y ello, en tanto que detentadora del uso. Los gastos derivados de la propiedad, como el IDI, tasa de basura, etc... y los gastos extraordinarios de la comunidad, serán abonados íntegramente por el esposo, por ser gastos referentes a la propiedad, y ser la vivienda propiedad exclusiva del mismo.

»2.- Se establece con cargo al padre y a favor de los hijos mayores de edad, Rosana y Eduardo , una pensión de alimentos de 140 € mes por hijo (280 € mes en total), que el padre abonará a la madre, en la cuenta corriente por ésta designe al efecto, por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades del año, cantidad que se actualizará anualmente, según la variación porcentual que experimente el IPC aprobado por el INE u organismo que lo sustituya.

»Los gastos extraordinarios necesarios de los hijos, tales como médicos o farmacéuticos no cubiertos por la Seguridad Social o seguro privado de ortodoncia, ortopedia, psicológicos, ópticos, etc...serán abonados por mitad entre ambos progenitores, y cualquier otro gasto no necesario, requerirá para ser abonado por mitad el consentimiento de ambos progenitores en su real,

»3.- No se reconoce compensación a favor de la esposa. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y por mitad las comunes.

»Comuníquese esta resolución, una vez firme el pronunciamiento de divorcio, al Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio».

TERCERO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de doña Esperanza y don Alfonso . La Sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 9 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Primero.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Esperanza y Alfonso .

»Segundo.- Confirmar íntegramente la sentencia de instancia.



»Tercero.- No hacer imposición de costas de esta alzada».

CUARTO- Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación de doña Esperanza , con apoyo en los siguientes: Motivos: Primero.

«Infracción de lo dispuesto en el artículo 96.1. por errónea interpretación del interés casacional. Se funda en que la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial del **Tribunal Supremo** expresada en la sentencia de 30 de mayo de 2012 y vulnera lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil ».

QUINTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha 20 de abril 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.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al Ministerio Fiscal presentó escrito interesando la estimación de recurso.

SEXTO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para Pleno de la Sala votación y fallo el día 23 de noviembre de 2016, en que tuvo lugar .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el juicio de divorcio promovido por doña Esperanza contra don Alfonso , se discute sobre la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar que la sentencia del Juzgado, confirmada por la de la Audiencia provincial, atribuye a la esposa, «por ser el interés más necesitado de protección y por un plazo de tres años».

La peculiaridad del caso estriba en el hecho de que la vivienda es privativa del esposo, que no hay hijos menores de edad y que uno de ellos, Rosana , padece esquizofrenia que le impide vivir sola y precisa de la ayuda de un tercero para su control, especialmente con la medicación.

La sentencia que ahora se recurre en casación argumenta lo siguiente:

«la circunstancia de que la vivienda sea privativa de uno de los esposos no impide el que su uso sea atribuido al otro si bien en ese supuesto ha de ser limitado temporalmente. Que es lo que ha hecho la sentencia recurrida. Y la Sala comparte esa línea argumentativa a la que solo cabe añadir la circunstancia de la salud mental de uno de los hijos, lo que según la Sentencia del Tribunal Supremo de 30/05/2012 le hace acreedor de la misma protección que al hijo menor de edad de cara a atribuir la vivienda.

»En efecto, dice el Tribunal Supremo en la referida sentencia que: "el art. 96.1 CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre ; 451/2011, de 21 junio ; 236/2011, de 14 abril y 861/2011, de 18 enero , entre otras). Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC , que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad "».

Recurso de casación.

SEGUNDO.- El recurso lo formula doña Esperanza por interés casacional. Se alega la infracción del artículo 96.1 del Código Civil y la oposición de la sentencia a la jurisprudencia de esta sala expresada en la sentencia de 30 de mayo de 2012 , al declarar que los hijos discapacitados deben ser equiparados a los menores; consecuencia de lo cual solicita que el uso de la vivienda familiar de forma indefinida en lugar de por tres años a la vista de las circunstancias de la hija, mayor de edad pero dependiente.

El recurso de desestima.

Esta sala no se ha pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad. Lo ha hecho a propósito del derecho a los alimentos en las sentencias de 7 de julio de 2014 y 17 de julio de 2015 . En la primera de ellas, se ha establecido la siguiente doctrina jurisprudencial:

«la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a



los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recursos».

La sentencia equipara los hijos mayores con discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente, con los menores.

La sentencia que se invoca en el motivo se refiere a un hijo con patria potestad rehabilitada en favor de su madre, lo que no ocurre en este caso en el que la discapacidad de la hija que convive en el domicilio familiar con su madre no ha sido reconocida judicialmente, ni consta en autos resolución administrativa de discapacidad.

Tampoco tiene en cuenta esta condición el artículo 96 del Código Civil, ni en el caso de los hijos ni en el de los cónyuges, ni se regula en ningún derecho civil especial sobre esta materia, pese a ser estos últimos posteriores a la entrada en vigor en España de la Convención de Nueva York de 2006, posiblemente porque esté contemplando, como instrumento protector, la prórroga de la patria potestad, con la correspondiente atribución de la custodia a uno de los progenitores, supuesto en el que se produce la equiparación entre hijos menores y mayores, a que se refiere la sentencia de 30 de mayo de 2012.

Lo cierto es que la condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. Esta definición se recoge literalmente en el artículo 25 del Código Penal y supone que no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho y no de derecho sufre alguna limitación de esta clase.

El problema será determinar si entre los apoyos que el artículo 12 de la Convención presta a una persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y el divorcio, teniendo en cuenta que el artículo 96 del CC configura este derecho como una medida de protección de los menores, tras la ruptura matrimonial de sus progenitores, y en ningún caso con carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los cónyuges. La vinculación del cese del uso del domicilio familiar, una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, proporciona la certidumbre precisa para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica, desde el momento en que sujeta la medida a un plazo, que opera como límite temporal, cual es la mayoría de edad.

Cuando ello ocurre, estaremos en una situación de igualdad entre y marido y mujer, en la que resulta de aplicación lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 96, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se fije, como hizo la sentencia recurrida. Prescindir de este límite temporal en el caso de hijos discapacitados o con la capacidad judicialmente modificada en razón a dicho gravamen o limitación sería contrario al artículo 96 CC, y con ello dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, pues impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida, que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad.

No se ignora que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales en cuanto garantiza a su titular el derecho al desarrollo de la personalidad y le asegura una existencia digna. Ocurre, sin embargo, que el interés superior del menor, que inspira la medida de uso de la vivienda familiar, no es en todo caso equiparable al del hijo mayor con discapacidad en orden a otorgar la especial protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor. El interés del menor tiende a su protección y asistencia de todo orden, mientras que el de la persona con discapacidad se dirige a la integración de su capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección especial, según el grado de discapacidad.

Esta equiparación la hizo esta sala en las reseñadas sentencias en supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que puedan superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario y siempre con la posibilidad de que los alimentos puedan ser atendidos por el alimentante en su casa. «Sin que ello suponga ninguna disminución (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico», dice la sentencia 372/2914 de 7 de julio.

El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores: depende de su estado y grado, físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto en la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona o institución encargada de hacerlo,



que proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social e individual por parte de quien asume su cuidado, y un respeto a su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener control sobre su vida diaria, siempre que sea posible, lo que supone, como en este caso ocurre, que la toma de decisiones derivadas del divorcio de los padres sea asumida por la hija y no por su madre.

Una cosa es que se trate de proteger al más débil o vulnerable y otra distinta que en todo caso haya que imponer limitaciones al uso de la vivienda familiar en los supuestos de crisis matrimonial, cuando hay otras formas de protección en ningún caso discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores. Con la mayoría de edad alcanzada por alguno de ellos el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae automática y definitivamente, y los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido lo relativo a proporcionarles habitación (art 142 CC). En lo que aquí interesa supone que una vez transcurridos esos tres años y finalizada la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, la atención a las necesidades de vivienda y alimentos a la hija deberá ser satisfecha, si no pudiera atenderlos por sí misma, mediante la obligación de alimentos de los progenitores.

El alcance del deber alimenticio de cada uno, transcurrido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, estará en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos.

TERCERO.- Se desestima el recurso, y se imponen las costas a la recurrente, según los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación formulado por doña Esperanza contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia -Sección 10.^a- de fecha 9 de marzo de 2015 , con expresa imposición de las costas a la recurrente. Líbrese al mencionado Tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de la Sala.

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

Así se acuerda y firma.