



Roj: **STS 856/2017 - ECLI:ES:TS:2017:856**

Id Cendoj: **28079110012017100157**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/03/2017**

Nº de Recurso: **3431/2015**

Nº de Resolución: **167/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 1082/2015,**
STS 856/2017

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 8 de marzo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 21 de septiembre de 2015, dictada en recurso de apelación núm. 56/2015, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, dimanante de autos de modificación de medidas de divorcio registrado con el núm. 639/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cádiz; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Petra, representada por la procuradora Dña. Clara Isabel Zambrano Valdivia, bajo la dirección letrada de D. Rafael Huertas Calzado, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación la procuradora Dña. Paloma Briones Torralba, nombrada del turno de oficio por justicia gratuita, en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona D. Luis, representado por el procurador D. José Andrés Peralta de la Torre bajo la dirección letrada de Dña. Marta Gómez-Carreño Gallego.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Luis, representado por la procuradora Dña. Pilar Álvarez Ruiz de Velasco y asistido de la letrada Dña. Marta Gómez-Carreño Gallego, interpuso demanda de modificación de medidas adoptadas en procedimiento de divorcio contra Dña. Petra, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia:

«Por la que:

»- Se extinga la pensión compensatoria que viene percibiendo Dña. Petra, dada la mejora de su situación económica y lo dilatado del período en el que se ha compensado el desequilibrio ocasionado por la ruptura matrimonial.

»- Subsidiariamente, y únicamente para el caso de que su señoría entendiese que no procede la meritada extinción a pesar de todo lo argumentado por esta parte, se solicita la reducción del importe de la referida pensión compensatoria al importe de 100 euros mensuales.

»- Que igualmente recaiga pronunciamiento sobre si la sentencia de divorcio de fecha 13 de octubre de 1987 atribuye el uso de la vivienda titularidad de D. Luis por su condición de militar, a Dña. Petra, tal y como interpreta la resolución del Director Gerente del INVIED, o si por el contrario no es así, a fin de proceder a la extinción del contrato de arrendamiento suscrito por D. Luis y del cual no podría desvincularse de otro modo con los perjuicios que ello le irrogaría conforme a lo manifestado en el cuerpo de este escrito

»- Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».



2.- La demandada Dña. Petra , actuando en su representación la procuradora Dña. Clara Isabel Zambrano Valdivia y asistida del Letrado D. Rafael Huertas Calzado, contestó a la demanda y formuló demanda reconvenzional.

Contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado se tenga:

«por contestada la demanda en nombre de Dña. Petra en oposición a la misma, acuerde sobre otrosíes y prueba anticipada que se interesa, y finalmente acuerde desestimar la demanda íntegramente; en su defecto mantenga la cantidad establecida en concepto de pensión compensatoria, con ratificación del resto de pronunciamientos de la sentencia de separación de 1981; sin perjuicio de estimar las pretensiones de la demandada que se formulan mediante demanda reconvenzional».

Y en su demanda reconvenzional, añadiendo un hecho único y los fundamentos jurídicos que estimó oportunos solicitó se dictara resolución:

«por la que:

»1.º- Acuerde, con fundamento en el art. 97 y 100 del Código Civil , condenar al reconvenido a abonar a Dña. Petra pensión compensatoria de carácter vitalicio, por el importe de 694,29 euros mensuales (la misma que tenía antes de la sentencia de 21/12/2006), con obligación de pago dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dicha cantidad será actualizada en la misma proporción en que lo haga la pensión de jubilación del actor, de forma automática y a la fecha en la que se produzca el incremento de la cuantía de la pensión del obligado a su pago.

»2.º- Acuerde, con fundamento en las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento de separación y de medidas provisionales 3/81 de ese Juzgado mantener la adjudicación del uso y disfrute de la vivienda que ocupa la Sra. Petra , en Cádiz, propiedad del INVIED, con carácter vitalicio.

»3.º- En el supuesto de que el INVIED proceda al desalojo y desahucio de la demandada, por causa de la solicitud del Sr. Luis , se acuerde fijar la pensión compensatoria en la cantidad de 894 euros al mes, actualizables de igual modo que la pensión del actor».

3.- Por auto de fecha 2 de junio de 2014 se inadmitió la reconvección, este auto fue recurrido en reposición y con fecha 26 de septiembre de 2014 se dictó auto desestimatorio de la reposición.

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Cádiz se dictó sentencia, con fecha 9 de octubre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando la demanda interpuesta por la procuradora Dña. Pilar Álvarez Ruiz de Velasco en nombre y representación de D. Luis , debo declarar y declaro haber lugar a extinguir la pensión compensatoria establecida a favor de Dña. Petra y asimismo se acuerda que no procede mantener la atribución del uso de la vivienda, que actualmente ocupa Dña. Petra , y que es titularidad del actor por su condición de militar; todo ello con expresa imposición de las costas causadas a Dña. Petra ».

Y en fecha 21 de octubre de 2014 se dictó auto de aclaración que dispone:

«Se acuerda haber lugar a la rectificación del error padecido en el encabezamiento de la sentencia dictada en las presentes actuaciones, de fecha 9 de octubre de 2014 , al hacerse constar en el mismo que es parte en este procedimiento el Ministerio Fiscal, debiendo suprimirse dicha mención».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz dictó sentencia, con fecha 21 de septiembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por Dña. Petra contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de los de Cádiz, en fecha 9 de octubre de 2014 , puntualmente rectificadas por auto del día 21 de dicho mes y año, debemos confirmar y confirmamos la referida resolución, con imposición a la parte apelante de las costas procesales de esta alzada».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Petra se interpuso recurso de casación fundamentado en el apartado primero del art. 477 de la LEC para impugnar exclusivamente el pronunciamiento desestimatorio del recurso de apelación que viene a ratificar el pronunciamiento de primera instancia, y basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Vulneración del art. 106 del Código Civil . Existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, plasmada en sentencia de 26 de marzo de 2014 ,



que establece doctrina legal sobre el art. 106 CC , doctrina ratificada por sentencia de 10 de noviembre de 2014 .

Motivo segundo.- Infracción del art. 96 del CC , existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo plasmada en sentencia 325/2012, de 30 de mayo y STS de 10 de octubre de 2014 y SSTS 659/2011 de 10 de octubre , 451/2011 de 21 de junio , 236/2011 de 14 de abril y 861/2011 de 18 de enero , entre otras. No se han alterado las circunstancias que justifican la cesación de la atribución a la esposa del uso del domicilio familiar mientras dure la convivencia con el hijo común. No se ha valorado la situación de incapacidad del hijo como un hecho relevante en orden a la asignación del domicilio familiar a la recurrente, progenitor custodio en compañía del hijo, según ordena sentencia judicial, y/o bien a considerar a la esposa el interés más necesitado de protección por disponer de unos ingresos bajos.

Motivo tercero.- Vulneración del art. 96 del CC , existencia de interés casacional por oposición a la doctrina del pleno de la Sala 1.ª de lo Civil del TS, plasmada en sentencia 624/2011 de 5 de septiembre , dictada en unificación de doctrina, que establece doctrina legal sobre el art. 96 CC , y por infracción de doctrina del TS, Sala 1.ª de lo Civil, de fecha 1-4-2011, STS de 14-4-2011 , STS de 30-3-2012 , STS de 9-5-2012 y STS de 31-5-2012 .

Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto, de fecha 26 de octubre de 2016 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. José Andrés Peralta de la Torre, en nombre y representación de D. Luis , 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 1 de marzo de 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Por D. Luis se presentó demanda de modificación de medidas, contra Dña. Petra solicitando la extinción de la pensión compensatoria que viene percibiendo la demandada y se dicte pronunciamiento sobre si la sentencia de divorcio de 13 de octubre de 1987 atribuye el uso de la vivienda de la que es titular el actor, por su condición de militar.

La sentencia de primera instancia estableció que, en un estadio inicial, en la sentencia de separación se atribuyó el uso de la vivienda a la esposa, pero la sentencia de divorcio guarda silencio, por lo que entiende que eso no supone que se prorroguen las medidas anteriormente acordadas.

Entiende que la vivienda dejó de ser vivienda familiar tras la sentencia de divorcio porque los menores se fueron con el padre.

La sentencia dice que el hecho de que la madre viva con su hijo Aquilino , del que se hace cargo, al ser discapacitado, no la hace acreedora a continuar en el uso de la vivienda.

Recurrida la sentencia por la madre, la sentencia de segunda instancia, de 21 de septiembre de 2015 , confirma la de primera instancia, que la demandada no debe continuar con la pensión compensatoria, y sobre el uso de la vivienda, entiende que las medidas acordadas en la sentencia se mantendrían hasta la firmeza del pronunciamiento principal, susceptible de recurso de apelación habrían definitivamente claudicado, porque tanto ahora como entonces las medidas provisionales finalizan cuando son sustituidas por los de la sentencia estimatoria. Por lo que las adoptadas en la separación habrán claudicado mucho antes de la demanda de divorcio que en 1987 declara la disolución del matrimonio, de modo que ningún soporte ampara el disfrute, cuando muchos años después de la claudicación de su derecho se ha mantenido en el uso de la vivienda, conferida al esposo, en su día, en su condición de militar y perteneciente la vivienda al INVIED.

Por la parte demandada se interpone recurso de casación, en tres motivos:

Motivo primero: infracción art. 106 y doctrina SSTS 26 de marzo de 2014 y 19 de noviembre de 2014 , Uso de la vivienda familiar.

Motivo segundo: art. 96 CC y doctrina SSTS 328/2012 de 30 de mayo de 2012 y STS 10 de octubre de 2014 y SSTS 659/2011 de 10 de octubre 405/2011 de 21 de junio , 236/2011 de 14 de abril y 861/2011 de 18 de enero , al no haberse valorado que existe un hijo mayor discapacitado, que convive con la madre, la esposa, o incluso que el interés más necesitado de protección es la esposa por disponer de ingresos bajos.



Motivo tercero: Infracción art. 96 CC por vulnerar la doctrina del pleno de la Sala sentencia 624/2011 de 5 de septiembre de 2011 , y STS 1-4-2011 , 14-4-2011 , 30-3-2012 , 9-5-2012 y 31-5-2012 , por entender la recurrente que la vivienda, donde residen la madre y el discapacitado sigue siendo vivienda familiar.

SEGUNDO .- En la sentencia de la Audiencia Provincial consta en el segundo FDD lo siguiente:

«Segundo.- Pasando a la segunda de las cuestiones empeñadas, es visto que tampoco puede prosperar la aspiración de Dña. Petra de conservar y mantener a perpetuidad el uso de la vivienda que constituyera el hogar de los esposos hasta la interrupción de la convivencia, sito en la AVENIDA000 núm. NUM000 , NUM001 NUM002 , de esta ciudad, en cuyo disfrute continúa la ahora apelante. Es cierto que por auto de medidas provisionales de separación de fecha 5 de febrero de 1981, confirmado en vía de oposición por sentencia de 11 de mayo de ese mismo año (folios 235 a 241, Tomo II de las actuaciones) se mantiene en el uso de la vivienda común, allí identificada como "piso NUM001 de la casa núm. NUM000 de la AVENIDA001 de esta capital" a la progenitora Dña. Petra con los hijos del matrimonio que le son confiados. Sucede, sin embargo, que en el procedimiento principal de separación de que la pieza de medidas y su incidental oposición dimanar, concluye por sentencia de 28 de abril de 1981 por la que se desestima la separación judicial solicitada por el Sr. Luis en vía principal, haciéndolo por reconvencción la Sra. Petra (Vid, documento núm. 3 de la contestación de la demandada ahora apelante, folios 99 a 109 de los autos, Tomo I); esta sentencia, fue recurrida en apelación por el Sr. Luis ante esta Audiencia, siendo desestimado el recurso, tal y como se afirma por la demandada Sra. Petra en su escrito de oposición (folio 86.3.º, párrafo tercero de dicho escrito), de donde cabe inferir, la firmeza del pronunciamiento desestimatorio de la separación postulada, refrendado en apelación.

»Así pues, las prórrogas o ampliaciones de cobertura de las medidas provisionales que, no obstante el signo negativo de la sentencia de separación, se mantendrían prudentemente hasta la firmeza del pronunciamiento principal, susceptible de recurso de apelación, habrían definitivamente claudicado. Y dado que tanto antes (arts. 1886 y siguientes de la Ley Procesal anterior) como después y ahora, las medidas provisionales en todas sus modalidades, finalizan o "terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo" (art. 106 del Código Civil , y concordantes de la nueva Ley Procesal), es claro que las establecidas con dicho carácter en orden a la separación judicial de los litigantes habrían claudicado mucho antes de la demanda de divorcio que en 1987 declara la disolución del matrimonio, sin adoptar medida alguna en cuanto al uso de la vivienda familiar, es más, proveyendo a la atribución de la custodia de los dos hijos aún menores al progenitor, de modo que ningún soporte ampara el disfrute de la ahora disidente, menos aún cuando muchos años después de la claudicación de su derecho se ha mantenido en el uso, conferido -no se olvide- al esposo en su condición de militar, y perteneciente a INVIED.

»En méritos de lo expuesto y dando por reproducidas las argumentaciones del juzgado en evitación de ociosas repeticiones, procede la total desestimación del recurso y confirmación de la sentencia apelada como se expresará en la parte dispositiva y con imposición a la parte apelante de las costas procesales causadas».

TERCERO.- Motivo primero. Vulneración del art. 106 del Código Civil . Existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, plasmada en sentencia de 26 de marzo de 2014 , que establece doctrina legal sobre el art. 106 CC , doctrina ratificada por sentencia de 10 de noviembre de 2014 .

Se desestima el motivo.

La parte recurrente invoca sentencias de esta sala referidas al tiempo en el que se pueden percibir los alimentos, una vez establecida la correspondiente condena en vía civil.

Este motivo carece de interés casacional, dado que la jurisprudencia invocada nada tiene que ver con el tema de la vivienda familiar.

En el presente caso, consta que la vivienda familiar fue atribuida a la esposa en medidas provisionales de separación, sin que en la sentencia se ratificase. En la posterior sentencia de divorcio, tampoco se resuelve nada sobre el particular, dado que como reconoce la recurrente (folio 4 de su escrito de recurso) «ni los cónyuges solicitan nada al respecto».

Es más, en virtud de la sentencia de divorcio queda atribuida al padre la custodia de los hijos.

En suma, el art. 106 del C. Civil establece: «Los efectos y medidas previstos en este capítulo terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo. La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva».

Este precepto nos lleva a entender que desde que no se ratificaron las medidas en el procedimiento de separación y al no peticionarlas en el de divorcio, la atribución del domicilio quedó sin efecto, pese a que en la práctica la recurrente lo ha disfrutado desde el auto de medidas de 5 de febrero de 1981, beneficio que



compensa, con creces, cualquier perjuicio que pueda tener en el futuro, máxime si se tiene en cuenta que era una vivienda militar, atribuida al que fue su esposo en su consideración de oficial del Ejército, hoy jubilado, con el rango de Coronel.

CUARTO .- Motivo segundo.- Infracción del art. 96 del CC , existencia de interés casacional por oposición a la doctrina de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo plasmada en sentencia 325/2012, de 30 de mayo y STS de 10 de octubre de 2014 y SSTS 659/2011 de 10 de octubre , 451/2011 de 21 de junio , 236/2011 de 14 de abril y 861/2011 de 18 de enero , entre otras. No se han alterado las circunstancias que justifican la cesación de la atribución a la esposa del uso del domicilio familiar mientras dure la convivencia con el hijo común. No se ha valorado la situación de incapacidad del hijo como un hecho relevante en orden a la asignación del domicilio familiar a la recurrente, progenitor custodio en compañía del hijo, según ordena sentencia judicial, y/o bien a considerar a la esposa el interés más necesitado de protección por disponer de unos ingresos bajos.

Se desestima el motivo.

Alega que al permanecer con ella un hijo diagnosticado de esquizofrenia, ello motivaría que se le equipare a un menor con lo que, la atribución de la vivienda debería hacerse a la madre.

Sobre esto debe declarar la Sala que no consta declaración de incapacidad aunque sí constatación de la enfermedad psiquiátrica invocada, razón por la que el padre fue condenado al pago de una prestación alimenticia al referido hijo Aquilino .

Esta Sala en sentencia 31/2017, de 19 de enero , ha declarado:

«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».

De la referida doctrina se deduce que la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar.

QUINTO .- Motivo tercero. Vulneración del art. 96 del CC , existencia de interés casacional por oposición a la doctrina del pleno de la Sala 1.ª de lo Civil del TS, plasmada en sentencia 624/2011 de 5 de septiembre , dictada en unificación de doctrina, que establece doctrina legal sobre el art. 96 CC , y por infracción de doctrina del TS, Sala 1.ª de lo Civil, de fecha 1-4-2011 , STS de 14-4-2011 , STS de 30-3-2012 , STS de 9-5-2012 y STS de 31-5-2012 .

Se desestima el motivo.

Solicita la recurrente la aplicación del 96.3 del Código Civil por ser su interés el más necesitado de protección y por sí ser domicilio familiar.

Este motivo es claramente desestimable, dado que el precepto referido regula las viviendas familiares y la cuestionada no lo es, dado que no se le atribuyó formalmente a la esposa en las sentencias de separación y divorcio, ni en el referido domicilio convivieron desde el divorcio los hijos que quedaron con el padre.

SEXTO .- Se imponen a la recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido en su caso para recurrir (arts. 394 y 398 LEC).

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 Dña. Petra contra sentencia de 21 de septiembre de 2015 , acordada en el recurso de apelación núm. 56/2015, de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Cádiz, cuyo fallo se confirma. 2.º- Imponer a la recurrente las costas de la casación, con pérdida del depósito constituido en su caso 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