

Roj: **STS 2159/2012 - ECLI:ES:TS:2012:2159**Id Cendoj: **28079110012012100210**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/03/2012**Nº de Recurso: **1322/2010**Nº de Resolución: **183/2012**Procedimiento: **Casación**Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP V 2189/2010,**
STS 2159/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, por **D. Héctor**, representado por la Procuradora de los Tribunales Dª. Dalia Lafuente Martínez, contra la Sentencia dictada por la referida Audiencia y Sección, el día 5 de mayo de 2010 en el rollo de apelación nº 1215/09, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Massamagrell, en los autos de divorcio nº 521/2008. Ante esta Sala comparecen la Procuradora Dª Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo, en nombre y representación de D. Héctor, en concepto de parte recurrente. La Procuradora Dª María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de Dª Begoña, se personó en concepto de parte recurrida.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Massamagrell, interpuso demanda de divorcio, Dª. Begoña, contra D. Héctor. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: *"... se dicte sentencia en la que se acuerde la disolución por divorcio del matrimonio formado por doña Begoña y don Héctor, asimismo se declare que ambas hijas queden bajo la guarda y custodia de la madre, la Sra. Begoña, estableciéndose el régimen de visitas sobre la hija menor del matrimonio, Enriqueta, a favor del padre, descrito en el fundamento de derecho material tercero de la presente demanda; y la patria potestad compartida por ambos progenitores, que el uso de la vivienda familiar corresponde a doña Begoña así como que el Sr. Héctor está obligado a satisfacer mensualmente la cantidad de 1.000 € como pensión por cada una de las hijas comunes del matrimonio, cantidades que se abonarán por meses anticipados, en la cuenta corriente nº NUM000 que la Sra. Begoña tiene en Bancaja, dentro de sus cinco primeros días y que serán actualizadas anualmente conforme a las fluctuaciones que experimente el índice de precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo público o privado, que en el futuro le sustituya"*.

Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Héctor, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: *"... se dicte Sentencia, por la que se decrete la disolución del matrimonio por divorcio, con todos los efectos inherentes a la misma, y que se regirá por las siguientes medidas:*

a) Atribución al esposo del uso del domicilio conyugal sito en Albuixech (Valencia), CALLE000 . nº NUM001, propiedad privativa suya; pudiendo fijar la actora su domicilio en su casa sita en Albalat dels Sorel (Valencia), CALLE001, nº NUM002, de su propiedad privativa, o donde mejor considere.



b) *Atribución de la guarda y custodia de la única hija todavía menor de forma compartida a ambos progenitores, que estarán en compañía de sus hijos por semanas alternas.*

Respecto de los períodos de vacaciones escolares de Navidad, Fallas, Semana Santa y Verano, para facilitar que en tales épocas la menor también comparta la compañía de ambos progenitores y sus familias extensas, se repartirán por mitades entre ambos, eligiendo su mitad en caso de discrepancia el padre los años pares y la madre los impares.

d) *Respecto de la pensión de alimentos, las hijas serán sostenidas por sus respectivos progenitores durante las estancias que estén con cada uno de ellos.*

Subsidiariamente, el padre deberá abonar una pensión de alimentos a favor de sus dos hijas, por importe total de DOSCIENTOS EUROS (200 €) mensuales, 100 euros por cada hija, dentro de los primeros cinco días de cada mes, a ingresar en las respectivas cuentas bancarias titularidad de las hijas que designen, actualizándose anualmente conforme al IPC que publica el Instituto Nacional de Estadística u organismo que le sustituya.

En cuanto a la hija mayor, Miriam, la pensión de alimentos a su favor quedará limitada en el tiempo hasta que cumpla los 24 años.

En ambos casos, los gastos extraordinarios que ocasionen las hijas comunes serán sufragados por mitades entre ambos progenitores si tales gastos fueran necesarios, entendiéndose como tales los médicos no cubiertos por Seguridad Social; en el caso de ser gastos convenientes pero no necesarios, será necesario el mutuo acuerdo de ambos progenitores para que el mismo sea sufragado por mitades.

e) *Se ordene de oficio la inscripción de la Sentencia en el Registro Civil de Albalat dels Sorel (Valencia), donde consta inscrito el matrimonio*

Se impongan las costas a la actora si su litigar fuera temerario por la que se desestime la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora."

Contestada la demanda y dado el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a la celebración de la vista principal. Comparecieron las partes asistidas de sus respectivos Letrados y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se convocó a Juicio Verbal, practicándose la prueba que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Massamagrell dictó Sentencia, con fecha 24 de abril de 2009 , y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: *Estimo parcialmente la demanda presentada por D^a. Begoña , representada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Cuchillo García, y en consecuencia debo declarar y declaro disuelto por divorcio el matrimonio celebrado en Albalat dels Sorells, Valencia, en fecha doce de octubre de mil novecientos ochenta y cuatro entre la mencionada D^a Begoña y D. Héctor , quien ha litigado representado por el Procurador D. Gonzalo Sancho Gaspar, con adopción de las siguientes medidas:*

1) *No ha lugar a hacer pronunciamiento alguno en relación a la guarda y custodia, así como régimen de visitas respecto de las hijas, habida cuenta la mayoría de edad de las mismas.*

2) *D. Héctor , abonará en concepto de alimentos para cada una de sus hijas, mayores de edad, la cantidad de doscientos cincuenta euros mensuales (250,00 euros), que se abonarán dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente designada por la madre. La referida suma se actualizará, con efectos de uno de enero de cada año, comenzando por el uno de enero de dos mil diez, mediante la aplicación del porcentaje del incremento del índice de precios al consumo, para el total nacional y para el año anterior a la actualización, por el Instituto Nacional de Estadística.*

Los gastos extraordinarios que deban realizarse en interés de las hijas, serán satisfechos por mitad entre los progenitores. Tendrán consideración de gastos extraordinarios aquellos sanitarios, educativos o de ocio imprescindibles o convenientes para las mismas, señalándose a estos efectos como extraordinarios los gastos médicos o quirúrgicos sin cobertura por la Seguridad Social, o por Seguros o Mutua privados que por los progenitores pudieran suscribirse, y los gastos por inicio de curso escolar, campamentos de verano, actividades extraescolares, estudios en el extranjero y similares.

3) *Se atribuye el uso de la vivienda que fue conyugal, sita en la CALLE000 , nº NUM001 , de Albuixech (Valencia), a la madre y a las hijas, aunque con carácter temporal, limitado al plazo de un año desde la fecha de la sentencia. Transcurrido dicho periodo deberá abandonarla dejándola a disposición de D. Héctor .*

No ha lugar a la imposición de costas".

SEGUNDO. *Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Héctor y D^a Begoña . Sustanciada la apelación, la Sección 10^a de la Audiencia Provincial de Valencia dictó Sentencia, con fecha 5 de mayo de 2010 ,*



con el siguiente fallo: " *Primero.- Estimar parcialmente el recurso interpuesto por la actora contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Massamagrell el día 24 de abril de 2009, y desestimar el formalizado por el demandado.*

Segundo.- Revocar la citada sentencia para declarar que la actora y sus hijas podrá usar el domicilio familiar hasta la independencia económica de las hijas. Tercero.- Confirmar la sentencia en todo lo demás.

Cuarto.- No hacer expresa imposición de las costas de la alzada".

TERCERO. Anunciado recurso de casación y recurso de casación por interés casacional por D. Héctor , el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procurador de los Tribunales Dª. Dalia Lafuente Martínez, interpuso el de casación por interés casacional, al amparo de lo establecido en los arts. 477.2.3º y 477.2 de la LEC , por presentar la resolución del recurso interés casacional al resolver puntos y cuestiones sobre los que existe jurisprudencia opuesta del Tribunal Supremo, así como jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales infringiendo el art. 96.3 del Código Civil .

El recurso de casación se formalizó articulándolo en los siguientes motivos:

Primero.- Por jurisprudencia opuesta del Tribunal Supremo, así como jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Segundo.- Infracción del art. 96.3 del Código Civil .

Tercero.- Por oponerse la Sentencia a la Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación al derecho de uso de la vivienda familiar regulado en el art. 96 del Código Civil .

Cuarto.- Por existir jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Por resolución de fecha 14 de julio de 2010, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora Dª Victoria Pérez-Mulet y Díez-Picazo, en nombre y representación de D. Héctor , en concepto de parte recurrente. La Procuradora Dª María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de Dª Begoña , se personó en concepto de parte recurrida.

Por auto de fecha 1 de marzo de 2011 , la Sala acuerda: "... 1º) **NO ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Héctor contra la Sentencia dictada, con fecha 5 de mayo de 2010, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en el rollo de apelación nº 1215/09 dimanante de los autos de juicio de divorcio nº 521/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Massamagrell, respecto al interés casacional por jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales -fundamento cuarto del escrito de interposición del recurso de casación-**.

2º) **ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. Héctor contra la Sentencia dictada, con fecha 5 de mayo de 2010, por la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), en el rollo de apelación nº 1215/09 dimanante de los autos de juicio de divorcio nº 521/2008 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Massamagrell respecto al interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo -fundamento tercero del escrito de interposición del recurso de casación"**.

La Procuradora Dª María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de Dª Begoña , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el ocho de marzo de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. Dª. Encarnación Roca Trias,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de los hechos probados.

1º Dª Begoña y D. Héctor tuvieron dos hijas, que actualmente son mayores de edad.

2º En 2008, Dª Begoña presentó demanda de divorcio contra D. Héctor . Entre otras cuestiones que no se reproducen en casación, pidió que se le atribuyera el uso de la vivienda familiar, a lo que se opuso el marido, quien alegó que la esposa gozaba de un importante patrimonio inmobiliario.

3º La sentencia del Juzgado de 1ª instancia e instrucción de Massamagrell, de 24 abril 2009 , atribuyó el uso de la vivienda conyugal "[...] a la madre y a las hijas, aunque con carácter temporal, limitado al plazo de un año desde la fecha de la sentencia" , a partir del cual deberían abandonarla, dejándola a disposición del Sr. Héctor .



4º Ambos litigantes recurrieron la sentencia en apelación. La SAP de Valencia, sección 10ª, de 5 mayo 2010 suprimió la limitación temporal establecida en la sentencia de 1ª instancia con respecto a la atribución de la vivienda familiar, porque "[...] las dos hijas, aunque son mayores de edad, no son independientes, tal como el propio demandado reconoció respecto de la hija mayor[...]", por lo que "atendiendo a las necesidades de las hijas, la Sala estima oportuno suprimir la limitación temporal de un año establecida en la sentencia recurrida, y acordar que la atribución del uso de la vivienda acabará cuando las hijas sean independientes, [...]".

5º Contra esta sentencia D. Héctor , formula recurso de casación por presentar interés casacional. El ATS de 1 marzo 2011 admitió el motivo referido a la parte del recurso relacionada con la oposición a la doctrina jurisprudencial del TS, pero no el cuarto motivo relativo a la contradicción entre la doctrina de las diferentes Audiencias Provinciales.

6º Fijado ya el día de la votación y fallo, el recurrente pidió la celebración de vista a la que no accedió esta Sala.

Figura la oposición de la parte recurrida.

SEGUNDO. La formulación de este recurso adolece de defectos de técnica, que ya han producido la no admisión del motivo cuarto. En realidad, el denominado primer motivo expone y resume la cuestión debatida en el litigio y la resolución recurrida. Por ello, esta Sala no puede considerarlo como motivo de casación.

TERCERO. La casación se centra en el *tercer motivo* . En él, el recurrente denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del TS, concretamente a las SSTs 100/2006, de 10 febrero , y 22 abril 2004 , en las que se dice que el derecho de uso se caracteriza por su provisionalidad y temporalidad. No existiendo hijos menores de edad, debe aplicarse el art. 96.3 CC , que prevé que la atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular debe ser la excepción y que en el caso de que se atribuya, debe limitarse en el tiempo.

El motivo se estima.

La STS 624/2011, de 5 septiembre , del Pleno de esta Sala, distingue los dos párrafos del Art. 96 CC en relación a la atribución de la vivienda que constituye el domicilio familiar cuando los hijos sean mayores de edad. Dice que en el primer párrafo se atribuye el uso de la vivienda a los hijos "como concreción del principio *favor filii*" , pero que cuando sean mayores de edad, rigen otras reglas. Así se dice: "*Como primer argumento a favor del criterio contrario a extender la protección del menor que depara el Art. 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría de edad se encuentra la propia diferencia de tratamiento legal que reciben unos y otros hijos. Así, mientras la protección y asistencia debida a los hijos menores es incondicional y deriva directamente del mandato constitucional, no ocurre igual en el caso de los mayores, a salvo de una Ley que así lo establezca. Este distinto tratamiento legal ha llevado a un sector de la doctrina menor a declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda, adjudicado al hijo menor en atención a esa minoría de edad, una vez alcanzada la mayoría, entendiéndose que el Art. 96 CC no depara la misma protección a los mayores.*

Como segundo argumento contrario a extender la protección del menor que depara el Art. 96.1º CC más allá de la fecha en que alcance la mayoría debe añadirse que tampoco cabe vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia prevista en el Art. 93.2 CC , respecto de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. A diferencia de lo que ocurre con los hijos menores, la prestación alimenticia a favor de los mayores contemplada en el citado precepto, la cual comprende el derecho de habitación, ha de fijarse (por expresa remisión legal) conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del CC que regulan los alimentos entre parientes, y admite su satisfacción de dos maneras distintas, bien incluyendo a la hora de cuantificarla la cantidad indispensable para habitación o bien, recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos.

Que la prestación alimenticia y de habitación a favor del hijo mayor aparezca desvinculada del derecho a usar la vivienda familiar mientras sea menor de edad, se traduce en que, una vez alcanzada la mayoría de edad, la subsistencia de la necesidad de habitación del hijo no resulte factor determinante para adjudicarle el uso de aquella, puesto que dicha necesidad del mayor de edad habrá de ser satisfecha a la luz de los Arts. 142 y siguientes del CC , [...]En definitiva, ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los Arts. 142 y siguientes del Código Civil , tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. En dicha tesitura, la atribución del uso de la vivienda familiar ha de hacerse al margen de lo dicho sobre los alimentos que reciba el hijo o los hijos mayores, y por tanto, única y exclusivamente a tenor, no del párrafo 1º sino del párrafo 3º del artículo 96 CC , según el cual «No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».



CUARTO. Aplicando la anterior doctrina, debe declararse que las hijas del matrimonio Héctor - Begoña no ostentan la titularidad del derecho de uso respecto a la vivienda que fue domicilio habitual, sobre la base de los siguientes argumentos:

1º La vivienda se ha atribuido a las hijas mayores de edad sin limitación de plazo, forzando el art. 96.3 en una especie de interpretación analógica con el 96.1 CC .

2º Si bien la vivienda que constituyó el domicilio conyugal podría haberse atribuido a la Sra. Begoña , las razones deberían haber estado fundadas en su propia necesidad e interés, debidamente probado, no en el de las hijas mayores que el art. 96 CC no tutela.

3º No constituye un interés digno de protección de acuerdo con el Art. 96.3 CC , la convivencia de la Sra. Begoña con sus hijas mayores, ya que como se ha dicho antes, éstas no tienen derecho a ocupar la vivienda que fue domicilio habitual durante el matrimonio de sus padres.

4º En el supuesto de que las hijas necesitaran alimentos, incluyendo la vivienda, el obligado a prestarlos puede efectuar la elección que le ofrece el Art. 149 CC y decidir proporcionarlos "manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos".

QUINTO. La estimación del motivo básico del recurso de casación exime a esta Sala del examen del denominado "segundo motivo", formulado aparentemente en base al art. 96.2 CC , pero sin que aparezca claramente cuál es su finalidad.

SEXTO. La estimación del tercer motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Héctor contra la SAP de Valencia, sección 10, de 5 mayo 2010 , determina la del recurso.

Debe casarse y anularse en parte la sentencia recurrida, procediendo a revocar el segundo apartado del Fallo que acuerda "Revocar la citada sentencia para declarar que la actora y sus hijas podrán usar el domicilio familiar hasta la independencia económica de las hijas". Se mantiene en todo lo demás la sentencia recurrida.

Al haberse anulado dicha parte del fallo, procede que esta Sala asuma la instancia y por ello se dicta sentencia y se desestima en parte la demanda formulada por Dª Begoña y se declara que no procede atribuir el uso del domicilio familiar sito en Albuixec (Valencia) CALLE000 , nº NUM001 a las hijas del matrimonio ni a la madre.

SÉPTIMO. No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes.

No ha lugar a la imposición de las costas de la 1ª instancia, ni de la apelación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1º Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Héctor contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10ª, de 5 mayo 2010, dictada en el rollo de apelación número 1215/09 .

2º Se casa y anula en parte la sentencia recurrida.

3º Se dicta sentencia desestimando en parte la demanda formulada por Dª Begoña y se declara que no procede atribuir el uso del domicilio familiar sito en Albuixech (Valencia), CALLE000 nº NUM001 , a las hijas del matrimonio ni a la madre, sino que se atribuye a D. Héctor , y se mantienen los restantes pronunciamientos de la sentencia recurrida.

4º No ha lugar a imponer las costas de este recurso.

5º No ha lugar a imponer las costas de la 1ª instancia ni las de la apelación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller .- Encarnacion Roca Trias .- Rafael Gimeno-Bayon Cobos .- Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnacion Roca Trias, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.