



Roj: **STS 3309/2019 - ECLI:ES:TS:2019:3309**

Id Cendoj: **28079110012019100528**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2019**

Nº de Recurso: **272/2019**

Nº de Resolución: **545/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2042/2018,**  
**STS 3309/2019,**  
**AATS 12065/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 545/2019**

Fecha de sentencia: 16/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 272/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (1ª)

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

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN núm.: 272/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 545/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan



D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 16 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de modificación de medidas n.º 1598/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Hernan, representado ante esta sala por la procuradora de los Tribunales doña Carolina Sicilia Romero, bajo la dirección letrada de doña María Ángeles Caro Salas; siendo parte recurrida doña Estela representada por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Castro Rodríguez, bajo la dirección letrada de don José de la Paz Pérez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** La representación procesal de don Hernan, interpuso demanda para la modificación de medidas definitivas contra doña Estela, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara:

"sentencia por la que estimando la demanda, se acuerde:

"1º Se deje sin efecto la atribución de la vivienda familiar a la ex esposa acordada por sentencia de fecha 22 de marzo de 2012, acordándose su atribución a mi representado o, subsidiariamente, se acuerde el cese de la atribución del uso y disfrute a la ex esposa ordenando que la misma deje libre y expedita la que fuera vivienda familiar.

"2º La supresión o extinción de la pensión de alimentos en favor de Mariano.

"3º Se condene en costas a la parte demandada."

**1.-2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

"...Sentencia que, acogiendo todo, o algunos de los motivos/argumentos alegados, se desestimen, íntegramente, las acciones ejercidas en la demanda de la parte actora, absolviendo a mi poderdante -e hijo- de todas las pretensiones deducidas por la contraparte, todo ello, con imposición de las costas al demandante, y ello, con expresa declaración de temeridad al mismo."

**1.-3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de DIRECCION000, dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que DESESTIMANDO la demanda formulada por D. Hernan, mediante su representación procesal, frente a Dª. Estela debo:

"1.- ABSOLVER y ABSUELVO a la parte demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra por la parte actora.

"2.- Todo ello, sin hacer expresa imposición de costas."

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y, sustanciada la alzada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia con fecha 22 de octubre de 2018, cuyo Fallo es como sigue:

"Estimar parcialmente el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada en el presente procedimiento; revocando la sentencia recurrida, en el único sentido de declarar el cese de la obligación alimenticia *ex nunc* de Don Hernan respecto a Don Mariano, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las costas del recurso."

**TERCERO.-** La procuradora doña Carolina Sicilia Romero, en nombre y representación de don Hernan, interpuso recurso de casación por interés casacional fundado en los siguientes motivos:

1º.- Por infracción de los artículos 209 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.

2º.- Por infracción del artículo 90 del Código Civil y del artículo 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia que los interpreta.



3º- Por infracción del artículo 96.3 del Código Civil y de la jurisprudencia.

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 22 de mayo de 2019 por el que se acordó la admisión del recurso y dar traslado del mismo a la parte recurrida, doña Estela, que se opuso mediante escrito presentado en su nombre por la procuradora doña Teresa Castro Rodríguez.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado la celebración de vista por todas las partes, se señaló para votación y fallo el día 8 de octubre de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Hernan formuló demanda sobre modificación de medidas definitivas derivadas de proceso matrimonial frente a su anterior esposa, doña Estela. En la demanda se solicitaba, en lo que ahora interesa, que se dejase sin efecto la atribución del uso de la vivienda familiar a la demandada - acordada por sentencia de divorcio de 22 de marzo de 2012- y, en su lugar, que se atribuyese al demandante o, subsidiariamente, que en todo caso se acordase el cese de la atribución del uso y disfrute a la demandada, ordenándole que deje la misma libre y expedita. En la demanda se alega que en la sentencia de divorcio se atribuyó el uso y disfrute de la que fuera la vivienda familiar a la esposa hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, al existir un acercamiento de posturas entre las partes en el acto de la vista y estar de acuerdo el demandante en que así fuera, no obstante lo cual habían cambiado actualmente las circunstancias y procedía modificar dicha medida. Como justificación de todo ello afirmaba que la esposa había contraído nuevo matrimonio el 27 de agosto de 2016 y que ahora convive con su marido en la casa de éste, pese a que en ocasiones haga acto de presencia en la vivienda familiar, por lo que no haciendo uso de la misma, interesaba que quedase sin efecto la medida. A lo anterior añadía que la liquidación del régimen económico matrimonial se estaba demorando más de lo esperado, ya que, aunque instó la formación de inventario tras la sentencia de divorcio y había recaído sentencia aprobando el inventario el 16 de julio de 2013, aún se encontraba pendiente de la valoración del patrimonio ganancial por los peritos.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar que la atribución del uso y disfrute a la esposa se produjo de común acuerdo hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, siendo este límite temporal el único que debía tenerse en consideración para modificar la medida, por lo que la única alteración sustancial de las circunstancias que pudiera llegar a producirse para modificar la atribución de uso es que la liquidación de la sociedad de gananciales se hubiera consumado y eso no ha tenido lugar. A ello añade que, a estos efectos, resulta intrascendente la vida privada de la demandada, y en concreto si se ha casado, si habita en la vivienda familiar con su nuevo esposo, o en la casa de éste o si ocupa ambas viviendas.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por la parte demandante, siendo desestimado el recurso en el particular referido al uso de la vivienda familiar.

Contra dicha sentencia se ha interpuesto por el demandante recurso de casación por interés casacional ( artículo 477. 2.3.º LEC).

La parte recurrida denuncia la existencia de causa de inadmisibilidad del recurso por su carácter genérico y no cumplir los requisitos exigidos por esta sala para la admisión. Dicha alegación ha de ser rechazada puesto que el recurso se concreta en una cuestión que presenta interés casacional, cual es si, pactada durante el proceso la atribución de uso de la vivienda familiar -de carácter ganancial- hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, puede modificarse la medida por alteración sustancial de las circunstancias.

**SEGUNDO.-** El primer motivo del recurso ha de ser rechazado por improcedente ( artículo 483.2.1.º LEC), pues denuncia la vulneración de normas procesales, como son los artículos 209 y 218 LEC, argumentando sobre la falta de motivación de la sentencia recurrida; siendo así que el recurso de casación -único interpuesto en el caso presente- ha de fundarse en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, por tanto normas sustantivas o materiales y no procesales, pues para denunciar la infracción de estas últimas el adecuado es el recurso extraordinario por infracción procesal.

El motivo segundo se formula por vulneración del artículo 90 del Código Civil y cita igualmente el 775.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 90 CC, en su apartado 3 dispone que "Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código"



De la lectura de la sentencia dictada en primera instancia -la de apelación no razona sobre ello- se desprende que la decisión judicial pasa por considerar que, dados los términos del acuerdo alcanzado por los cónyuges, aprobado judicialmente, sobre el uso de la vivienda familiar, "la única alteración sustancial de las circunstancias que pudiera llegar a producirse para modificar la atribución del uso es que la liquidación de gananciales estuviera ya consumada", por lo que nada importa la nueva situación de la demandada al haber contraído matrimonio y residir en otro domicilio.

Tal argumentación no puede ser compartida ya que de la propia norma que ha sido transcrita se desprende que el cambio de circunstancias puede suponer que el juez -a instancia de parte- modifique la medida adoptada incluso cuando ha existido acuerdo de los interesados sobre ella, pues tal acuerdo se adopta en atención a las circunstancias concurrentes en el momento en que se produce, pudiendo quedar afectado por cualquier modificación posterior que pueda ser sustancial, como ocurre en el caso presente en que la esposa ha contraído nuevo matrimonio.

Tal doctrina está presente en la generalidad de las sentencias que sobre modificación de medidas definitivas en materia matrimonial ha dictado esta sala y, entre ellas, en la aportadas por la parte recurrente núm. 508/2011 y 2684/2014.

En consecuencia procede la estimación del recurso de casación por el anterior motivo, resolviendo esta sala sobre el fondo de la cuestión planteada.

**TERCERO.-** El artículo 96 CC, párrafo 3.º, recoge un criterio de atribución del uso sobre la vivienda familiar cuando no ha de hacerse en atención a los hijos. En estos casos el juez podrá atribuir el uso al cónyuge no titular de la vivienda, si las circunstancias aconsejasen dicha atribución y su interés fuera el más necesitado de protección, solución que también parece razonable para el caso de vivienda ganancial. Aunque se suele atender a la situación económica de cada uno de los cónyuges o a la disponibilidad de otra vivienda, también se tienen en cuenta circunstancias personales como son las referidas al estado de salud. Cuando aquél a quien se atribuyó el uso deja de representar un interés necesitado de protección, es lógico que se extinga el derecho de uso en exclusiva, sin que ello comporte la atribución automática de dicho uso al otro cónyuge cuando, a su vez, tampoco acredite un interés protegible para disfrutar de una posesión exclusiva. La vivienda ganancial puede -hasta la liquidación de la sociedad de gananciales- ser utilizada de otro modo, como es cederla a alguno de los hijos, arrendarla etc.

En este caso la demandada carece de un interés digno de especial protección a la hora de mantener a su favor la atribución de uso de la vivienda familiar, ya que ha contraído nuevo matrimonio y reside habitualmente en la vivienda de su nuevo esposo y tampoco se acredita por el demandante que concurra en él dicho interés protegible, por lo que procede la estimación de la demanda en dichos términos.

**CUARTO.-** La estimación del recurso comporta que no se haga especial declaración sobre costas causadas por el mismo ni sobre las correspondientes a ambas instancias ya que se ha estimado únicamente la petición subsidiaria de la parte demandante ( artículos 394 y 398 LEC). Procede la devolución del depósito constituido al interponer el presente recurso.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

## 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 la representación procesal de don Hernan , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 1.ª) en Rollo de Apelación n.º 51/2018, con fecha 22 de octubre de 2018.

**2.º-** Casar la sentencia recurrida y, en su lugar, con estimación parcial de la demanda, dejar sin efecto la atribución de la vivienda familiar a la demandada, que deberá dejar libre dicha vivienda.

**3.º-** No hacer especial declaración sobre costas causadas en las instancias ni en el presente recurso, con devolución del depósito constituido.

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.