



Roj: **STS 1162/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1162**

Id Cendoj: **28079110012016100150**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/03/2016**

Nº de Recurso: **2888/2014**

Nº de Resolución: **176/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 1542/2014,**
STS 1162/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil dieciséis.

Esta Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen reseñados, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 224/2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio sobre modificación de medidas, derecho de familia, núm. 596/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por doña Macarena, representada por el procurador don Carlos Luis Pareja Gila, bajo la dirección letrada de doña María de Gádor Megía Vilchez, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Álvaro Herrera Aguilar, designado del turno de oficio de asistencia jurídica gratuita, modificándose posteriormente esta designación por estar el procurador en suspensión condicionada, designándose por el turno de oficio a la procuradora doña Itziar Goñi Echeverría que actúa en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona don Bienvenido representado por el procurador don José Luis Pinto Marabotto bajo la dirección letrada de don Francisco José Maldonado Gómez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- Don Bienvenido, actuando en su nombre y representación el procurador don Aurelio del Castillo Amaro bajo la dirección letrada de don Francisco José Maldonado Gómez, interpuso demanda de juicio para modificación de medidas definitivas acordadas en autos de divorcio contra doña Macarena y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

«Desestimando íntegramente esta demanda, modifique la medida a que la misma se refiere, declarando extinguido el derecho de la demandada a usar y disfrutar de la vivienda familiar, concediéndole el plazo de un mes para proceder a su desalojo; y todo ello, en la forma indicada en el último párrafo del último hecho de esta demanda, con imposición de costas a la demandada si se opusiere».

Y en el último párrafo del hecho segundo y último de la demanda se especifica:

«El actor solicita que se declare extinguido tal derecho a usar y disfrutar de la vivienda y ajuar familiar establecido a favor de la demandada, concediendo a la misma un plazo de un mes para que proceda al desalojo de la vivienda, con apercibimiento de que caso de no hacerlo, será con intervención de la policía; y hasta tanto pueda tener lugar la efectiva enajenación de la vivienda con el consiguiente reparto de su importe económico entre los ex-esposos, se conceda el uso y disfrute de la vivienda que ha sido familiar al actor,



o subsidiariamente, se establezca el derecho a usarla indistintamente por actor y demandada si bien, con alternancia periódica, de por ejemplo, seis meses al año para cada uno».

2.- Admitida la demanda y tras las diligencias pertinentes para la búsqueda de domicilio y emplazamiento a la demandada, se acordó su emplazamiento mediante edicto en el tablón del juzgado y comunicar al Registro Central de Rebeldes Civiles la identidad de la misma para su inscripción. Tras ser emplazada mediante edictos y transcurrido el término para contestar a la demanda, mediante diligencia de ordenación de 15 de mayo, se la declaró en situación de rebeldía procesal.

3.- Posteriormente, en fecha 17 de septiembre de 2013, compareció ante el juzgado la demandada, doña Macarena , en cuyo acto se le hizo entrega de la demanda y documentos de la misma y se le requirió para que designara domicilio para notificaciones, dejando en el mismo acto sin efecto la declaración de rebeldía procesal y ordenando la comunicación del nuevo domicilio al registro de Rebeldes Civiles para constancia en el mismo. En ese acto la demandada no se personó ni nombró representante procesal.

4.- El día del juicio, 31 de octubre de 2013, la demandada nombra mediante comparecencia apud acta en el juzgado a la procuradora doña María José Sánchez Estévez, que compareciendo en el mismo acto aceptó la representación y actuó en el juicio correspondiente bajo la dirección letrada de don Francisco Ruiz Baena.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida en el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Granada se dictó sentencia, con fecha 31 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que estimando en parte la demanda formulada por el Procurador Sr. Del Castillo Amaro en nombre y representación de don Bienvenido contra doña Macarena , debo acordar y acuerdo la modificación de las medidas adoptadas en los autos de divorcio núm. 810/09 en lo siguiente:

Única.- Se declara extinguido el derecho al uso exclusivo de la vivienda familiar sita en la CALLE000 núm. NUM000 , NUM001 de Granada a favor de la demandada y de los hijos comunes de los litigantes.

Se desestiman las demás pretensiones formuladas.

No se hace expresa declaración sobre el abono de las costas causadas».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia, con fecha 26 de septiembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Se confirma la sentencia. Con condena a la apelante de las costas del recurso. Con pérdida del depósito si se hubiere constituido».

TERCERO.- 1.- Por doña Macarena se interpuso recurso de casación en base a:

Motivo único.- Por interés casacional, se alega la doctrina o jurisprudencia contradictoria sobre el problema jurídico planteado y oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del TS en relación con el art. 96 del Código Civil .

E interpuso recurso extraordinario por infracción procesal basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, art. 469.1.2.º LEC .

Motivo segundo.- Valoración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por auto, de fecha 25 de febrero de 2015 , 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 don José Luis Pinto Marabotto, en nombre y representación de don Bienvenido , con la asistencia letrada de don Francisco José Maldonado Gómez, 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 8 de marzo de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- D. Bienvenido interpuso demanda de modificación de medidas definitivas acordadas en autos de divorcio contra D.^a Macarena .

La demanda se basa en los siguientes extremos:

- a) Con fecha 26 de enero de 2010, se dictó sentencia declarando el divorcio del matrimonio de D. Bienvenido y D.^a Macarena .
- b) En relación con la vivienda y el ajuar familiar, sito en Granada, en la CALLE000 , núm. NUM000 , NUM001 , propiedad ganancial de los esposos, se atribuyó su uso y disfrute a la esposa en tanto que con ella conviviera cualquiera de los hijos del matrimonio en el citado domicilio.
- c) En la actualidad los hijos del matrimonio son mayores de edad y están independizados económicamente, no conviviendo ninguno de ellos con la madre, viviendo en domicilios diferentes al familiar.
- d) En consecuencia, han variado las circunstancias que en su día justificaron la atribución de la vivienda a la esposa, solicitando que se declare extinguido el derecho de uso y disfrute de la vivienda atribuido a la esposa, concediendo a la misma el plazo de un mes para que proceda al desalojo de la vivienda.

La parte demandada, tras ser emplazada por edictos, dejó transcurrir el plazo para contestar a la demanda.

La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda, declarando extinguido el derecho al uso exclusivo de la vivienda familiar sita en la CALLE000 , núm. NUM000 , NUM001 , de Granada, en favor de la demandada, desestimando las demás pretensiones de la demanda.

Argumenta esta resolución que estando probado que los hijos son mayores de edad y no conviven en la vivienda familiar procede acoger la pretensión de la demanda en cuanto a la extinción del derecho de uso. Añade que siendo ahora el título por el que la demandada disfruta la vivienda y que no es otro que el de copropietaria de la citada vivienda con su ex esposo en virtud de lo acordado en la liquidación ya practicada de la sociedad conyugal, la regulación del uso de la vivienda habrá de regirse por las normas que regulan la propiedad proindiviso, las cuales habrán de dilucidarse en el procedimiento correspondiente y no en el de modificación de medidas.

La parte demandada interpuso contra dicha resolución recurso de apelación, solicitando la prórroga del uso de la vivienda familiar hasta que se proceda a la venta de la vivienda, dado que es el cónyuge más necesitado de protección cuando no existen hijos menores sino mayores de edad, habida cuenta las dificultades económicas por las que atraviesa.

El recurso de apelación fue resuelto por Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2014 dictada por la Audiencia Provincial de Granada, Sección Quinta , la cual desestima el recurso de apelación confirmando la sentencia de primera instancia.

Dicha resolución, al igual que la de primera instancia, señala que procede declarar extinguido el derecho de uso de la vivienda que fue familiar en tanto que los hijos son mayores de edad e independientes económicamente. En cuanto a las alegaciones realizadas en el recurso de apelación relativas a que tiene un interés más digno de protección y que se le prorrogue el uso de la vivienda se limita a señalar que no son atendibles en el presente procedimiento de modificación de medidas.

Contra dicha resolución se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por la parte demandada, D.^a Macarena .

Utilizado por la parte recurrente el cauce previsto en el ordinal 3.º del art. 477.2 de la LEC 2000 , dicho cauce constituye la vía casacional adecuada de conformidad con la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, aplicable al presente recurso, al haberse dictado la sentencia recurrida con posterioridad a la entrada en vigor de dicha norma (31 de octubre de 2011).

El escrito de interposición del recurso de casación, formalizado por la recurrente, se articula en un motivo único en el que, tras citar como precepto legal infringido el artículo 96 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional se citan como opuestas a la recurrida las Sentencias de esta Sala de fechas 5 de septiembre de 2011 , 14 de noviembre de 2012 y 12 de febrero de 2014 .

Las citadas sentencias, algunas de ellas dictadas en el ámbito de un procedimiento de modificación de medidas, establecen la siguiente doctrina:

«... 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».

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida al no tener en cuenta ni valorar el interés más digno de protección en el caso de atribución de la vivienda familiar cuando el hijo ya es mayor de edad.

El recurso extraordinario por infracción procesal se articula en dos motivos.

En el motivo primero, al amparo del ordinal 2.º, del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 218, apartados 1 y 2 de la LEC, en relación con los artículos 318 y 319 de la LEC. Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida contiene una motivación incorrecta o deficiente en tanto que omite entrar a valorar el interés más digno de protección en el caso de atribución de la vivienda familiar cuando el hijo ya es mayor de edad, no valorando la prueba practicada al respecto y que obrante a los folios 106 a 109 de las actuaciones demuestran la situación de dificultad económica por la que atraviesa.

Por último, en el motivo segundo, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 24 de la CE, denunciando la existencia de un error en la valoración de la prueba al desconocerse totalmente la prueba obrante en autos en relación a la situación de dificultad económica de la hoy recurrente.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO .- Motivo primero.- Infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia, art. 469.1.2.º LEC.

Motivo segundo.- Valoración en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución.

En el motivo primero, al amparo del ordinal 2.º, del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 218, apartados 1 y 2 de la LEC, en relación con los artículos 318 y 319 de la LEC. Argumenta la parte recurrente que la sentencia recurrida contiene una motivación incorrecta o deficiente en tanto que omite entrar a valorar el interés más digno de protección en el caso de atribución de la vivienda familiar cuando el hijo ya es mayor de edad, no valorando la prueba practicada al respecto y que obrante a los folios 106 a 109 de las actuaciones demuestran la situación de dificultad económica por la que atraviesa.

Por último, en el motivo segundo, al amparo del ordinal 4.º del artículo 469.1 de la LEC, se alega la infracción del artículo 24 de la CE, denunciando la existencia de un error en la valoración de la prueba al desconocerse totalmente la prueba obrante en autos en relación a la situación de dificultad económica de la hoy recurrente.

TERCERO.- Respuesta de la Sala.

Se estiman los motivos, que se analizan conjuntamente.

Procede denegar la inadmisión del recurso, en cuanto en el mismo se citan los preceptos infringidos y goza de fundamento suficiente, como analizaremos.

En la sentencia recurrida no se valora la documental aportada por la demandada tendente a demostrar que no percibía pensión alguna.

La omisión de la valoración la funda la sentencia recurrida en que no se puede plantear en un proceso de modificación de medidas, que la ex-esposa tenía el interés más necesitado de protección.

En la sentencia recurrida no se razona porqué debe rechazarse la pretensión en el presente proceso de modificación de medidas, desconociendo la Sala el argumento en el que se sustenta, cuando lo que hizo la demandada es oponer una causa de oposición a la pretensión esgrimida (art. 405 LEC).

En suma la resolución recurrida incurre en una manifiesta falta de motivación (art. 218 LEC) que motiva la estimación de este recurso extraordinario por infracción procesal, debiendo esta Sala asumir la instancia, lo que haremos en base a los motivos de casación esgrimidos, tal y como solicita la recurrente.

Recurso de casación.



CUARTO .- Motivo único. Por interés casacional, se alega la doctrina o jurisprudencia contradictoria sobre el problema jurídico planteado y oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del TS en relación con el art. 96 del Código Civil .

El escrito de interposición del recurso de casación formalizado por la recurrente se articula en un motivo único, en el que tras citar como precepto legal infringido el artículo 96 del Código Civil , se alega la existencia de interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como fundamento del interés casacional se citan como opuestas a la recurrida las Sentencias de esta Sala de fechas 5 de septiembre de 2011 , 14 de noviembre de 2012 y 12 de febrero de 2014 .

Las citadas sentencias, algunas de ellas dictadas en el ámbito de un procedimiento de modificación de medidas, establecen la siguiente doctrina:

«... 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».

Argumenta la parte recurrente que tal doctrina ha sido infringida por la sentencia recurrida al no tener en cuenta ni valorar el interés más digno de protección en el caso de atribución de la vivienda familiar cuando el hijo ya es mayor de edad.

QUINTO .- Respuesta de la Sala.

Se desestima el motivo.

Procede rechazar la inadmisión propuesta, en cuanto se cita el precepto infringido y la jurisprudencia cuestionada.

En el caso de autos, no consta que la recurrente acreditase que su situación se correspondía con la exigencia de una especial protección, pues pese a que consta que no percibe pensión alguna, no se prueba que carezca de percepción de salario, pues sobre lo mismo no se intenta prueba alguna.

Por otro lado, pese a que la recurrente alega que la que fue residencia familiar es su residencia habitual, sin embargo, no se le halla al intentar ser emplazada en este procedimiento ni tampoco en otro seguido entre las partes.

Esta Sala, asumiendo la instancia y constituyéndose en órgano de enjuiciamiento, no halla razones suficientes para entender que la recurrente precise de una especial protección, por lo que no se infringe la doctrina jurisprudencial antes expresada en el fundamento de derecho cuarto.

Dada la mayoría de edad e independencia de los hijos, de acuerdo con el art. 96.3 del C. Civil , procede confirmar la sentencia recurrida, pero por lo argumentos aquí expuestos, dado que la recurrente no acredita la existencia de una especial necesidad que precise de una protección singular o cualificada.

SEXTO .- No se imponen las costas a la recurrente, dado que la confirmación de la sentencia es por diversos argumentos (arts. 394 y 398 LEC).

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

FALLAMOS

1. Estimar el recurso extraordinario por infracción procesal y desestimar el recurso de casación, por los argumentos expuestos en esta sentencia, interpuesto por D.ª Macarena contra sentencia de 26 de septiembre de 2014 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Granada .
2. Confirmar la resolución recurrida, por los argumentos expuestos en la presente sentencia.



3. No se imponen las costas a la recurrente.

4. Procédase a la devolución del depósito relativo al recurso extraordinario por infracción procesal, si se hubiere constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jose Antonio Seijas Quintana, Antonio Salas Carceller, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Eduardo Baena Ruiz, Fernando Pantaleon Prieto, Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**, 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO