



Roj: STS 5468/2013  
Id Cendoj: 28079110012013100644  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2590/2011  
Nº de Resolución: 707/2013  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a once de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación y de infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio 740/08, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Lorenzo del Escorial, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Lucía , la procuradora doña Luisa Martín Burgos. Habiendo comparecido en calidad de recurrido la procuradora doña Maria del Carmen Hondarza Ugedo, en nombre y representación de don Marcial .

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO .- 1.-** La procuradora doña Almudena Muñoz de la Vega, en nombre y representación de doña Lucía , interpuso demanda de juicio sobre divorcio contencioso, contra don Marcial y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia acordando el divorcio legal del matrimonio, con las medidas solicitadas, formado por los conyuges doña Lucía y don Marcial .

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

**2.-** El procurador don Felix Herrero Peña, en nombre y representación de don Marcial , 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 se acuerde la disolución del matrimonio por divorcio de los conyuges y la adopción de las siguientes medidas definitivas :

1.- Atribución del uso del domicilio conyugal sito en la localidad de San Lorenzo de El Escorial, CALLE000 núm. NUM000 , 28200, Madrid, así como de la guarda y custodia del hijo menor de edad a mi mandante, Don Marcial .

2.- Se determine la obligación de prestación mensual, entre los días uno y cinco de cada mes, de ingreso en concepto de alimentos por parte de la progenitora para con su hijo menor de la cantidad de 100 euros mensuales con las correspondientes actualizaciones anuales del I. P.C., a ingresar en la cuenta que se determine por mi mandante. Se señala expresamente que no se entenderán incluidos en el concepto de alimentos todos aquellos gastos extraordinarios que se puedan generar en relación a la educación, actividades extraescolares o gastos sanitarios que ambos progenitores deberán sufragar por mitad.

3.- Se establezca la obligación de ambos esposos de satisfacer en concepto de contribución a las cargas del matrimonio el 50% de las cuotas correspondientes a la hipoteca que gravo el domicilio conyugal así como todos aquellos gastos que graven la titularidad del mismo, así como el seguro de hogar.

4.- Se establezca la obligación de Don Marcial de satisfacer los gastos derivados del uso del domicilio al haber sido atribuido éste dicho derecho.

5.- Se establezca a favor de la madre un régimen de visitas amplio y flexible y que se determine libremente por la madre y el hijo dada la edad y capacidad de decisión del menor.

6.- Todo ello con expreso imposición de costas a la parte

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Lorenzo del Escorial, dictó sentencia con fecha doce de Julio de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora doña Almudena Muñoz de la Vega, en nombre y representación de doña Lucía contra don Marcial declarando la disolución por divorcio del matrimonio celebrado ente los mismos en fecha 3 de diciembre de 1977, con todos los efectos legales inherentes a dicha declaración, y acordando las siguientes medidas.*

*Se atribuye a la madre la guarda y custodia del hijo menor de edad siendo la patria potestad compartida.*

*El régimen de visitas será el que acuerden el padre con su hijo, si bien en caso de discrepancias, poco probables según parece desprenderse del informe el régimen de visitas será de fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 21 horas, y dos tardes entre semana desde la salida del colegio hasta las 21 horas. Los periodos de vacaciones de Navidad, semana santa y verano se dividirán por mitad entre ambos progenitores eligiendo en defecto de acuerdo entre los progenitores, la madre los años pares y el padre los impares.*

*Se atribuye el uso del domicilio familiar Art.103..3 C.C y el ajuar existente en el mismo sito en Urbanización los altos de las cebadillas CALLE000 n° NUM000 de San Lorenzo de el Escorial al hijo y en consecuencia al progenitor en cuya compañía quedan esto es a la madre;*

*En concepto de pensión de alimentos el padre abonará la cantidad de 600 euros al mes que se hará efectiva dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la madre, siendo dicha cuantía actualizable el uno de enero de cada año con arreglo I.P.C.*

*Los gastos extraordinarios serán sufragados al 50% entre ambos progenitores. Estos se decidirán de mutuo acuerdo y se avisarán mutuamente de la realización de los mismos, excepto en los casos en que deban realizarse por motivos de urgencia.*

*Ambos progenitores, hasta tanto se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales deberán abonar por mitad el importe del préstamo hipotecario que grava el domicilio familiar, así como los gastos inherentes a la propiedad del mismo, seguro de hogar, IBI; siendo de cuenta exclusiva de la madre el abono de los gastos inherentes a los suministros con que cuente la vivienda, así como el pago de la comunidad de propietarios, comunidad de piscina y vado.*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Lucía , la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 20 de julio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D<sup>a</sup> Lucía , representada por la Procuradora D<sup>a</sup>. ELENA MUÑOZ GONZALEZ, y ESTIMANDO parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Marcial , representado por la Procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> CARMEN HONDARZA UGEDO, contra la sentencia de fecha 12 de julio de 2010, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Lorenzo de El Escorial , en autos de Divorcio número 740/08; debemos REVOCAR y REVOCAMOS en parte la expresada resolución ACORDANDO:*

1º.- *Se cuantifica la pensión alimenticia a favor de David Ulises y a cargo de su madre, en 100 # mensuales, abonables anticipadamente entre los días 1 y 5 de cada mes en la cuenta que al efecto designe Don Marcial , y anualmente actualizables en función de las variaciones del I.P.C., que anualmente publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que legalmente le sustituya, siendo los gastos extraordinarios en que incurra el hijo común abonables al 50 % por los progenitores.*

2º.- *Se mantiene a favor del hijo común David Ulises la atribución del uso del domicilio familiar y enseres de empleo ordinario existentes en el mismo, si bien ahora beneficiándose de mentado uso el padre con el que convive en lugar de la madre, y limitando la asignación en el tiempo al periodo de 2 años a computar desde la fecha de la presente resolución, transcurrido el cual, quedará automáticamente extinguida, pasando de esta a una atribución alternativa a uno y otro litigante, ambos titulares dominicales del inmueble en cuestión, por periodos de 1 año, y comenzando por la esposa, haciéndose cargo el que lo ocupe de los gastos propios de uso, tales como suministros, comunidad ordinaria de propietarios (no así las derramas), comunidad de piscina y vado, siendo por mitad los inherentes a la propiedad, hipoteca, I.B.I., seguro del hogar, basuras y*

derramas de la comunidad de propietarios, todo ello hasta la venta del inmueble o efectiva liquidación de la extinta sociedad legal de gananciales.

3º.- Queda sin efecto la obligación impuesta al padre de abonar pensión de alimentos en beneficio del hijo.

Se confirma en lo restante la sentencia apelada, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se devenguen en esta alzada.

Hágase devolución a Dº Marcial del depósito constituido al tiempo de la preparación del recurso de apelación, y dese al constituido por la contraparte legal destino.

**TERCERO** .- Contra la expresada sentencia interpuso **recurso por infracción procesal** la representación procesal de doña Lucía con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO**.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con infracción del ex art. 218.2. de la citada Ley, al existir un error en la valoración de las pruebas, considerando infringidos los artículos 216, 217 1 y 2 y 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **SEGUNDO**.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ex art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considerando infringido el artículo 218.2 de la citada Ley. **TERCERO**.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia ex art. 469. 1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del art. 218.2. de la citada Ley, en la forma de motivar las sentencias como exigencia constitucional del artículo 120.3. de la Constitución Española, defecto que se aprecia en los fundamentos tercero y cuarto en relación con el fallo. **CUARTO**.- Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso produciendo indefensión, ex art. 489.1.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del art. 218.1. de la citada Ley consistente en la incongruencia del fallo, que no se pronunció sobre el pedimento planteado de forma subsidiaria en la demanda de divorcio, relativo a la pensión compensatoria a favor de mi representada.

Igualmente se interpuso **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS: PRIMERO**.- Infracción de los artículos 96 y 103.2º del CC en atribución del uso de la vivienda familiar, entendiéndose la recurrente que existe interés casacional porque la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se opone a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, recogido en sentencia del pleno de esta Sala de fecha 5 de septiembre de 2011. **SEGUNDO**.- Por infracción del artículo 146 del CC, en consecuencia con los artículos 96, 147 y 143 del Código Civil, infracción que se considera cometida en la cuantificación de la pensión alimenticia a favor del hijo, al no haber tenido en cuenta la proporcionalidad con la capacidad económica y la atribución de la vivienda como factor de reducción del quantum al progenitor que debe abandonarla. Fundamenta el interés casacional en la oposición a la Jurisprudencia de esta Sala: Sentencias de fecha 14 de febrero de 1976, 5 de noviembre de 1083, 16 de julio de 2001 y 30 de noviembre de 2010.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 16 de octubre de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña María del Carmen Hondarza Ugedo, en nombre y representación de don Marcial, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de octubre de 2013 del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- El recuso de casación se formula en interés casacional por oposición a la sentencia de Pleno de esta Sala de 5 de septiembre de 2011, relativa a la atribución de la vivienda familiar al hijo mayor de edad, con el progenitor con el que ha elegido vivir. Los antecedentes del caso son los siguientes: el Juzgado de 1ª Instancia dictó sentencia de divorcio de los litigantes en cuya virtud fue atribuida a la esposa la guarda y custodia del hijo común, menor de edad, asignándose a este el uso del domicilio familiar, de naturaleza ganancial, en aplicación del artículo 96 del Código Civil, y fijando a su favor, y a cargo del progenitor no custodio, una pensión de alimentos de 600 euros mensuales. Ambos progenitores en la instancia habían postulado para sí la atribución de la guarda del menor, siendo que, de hecho, este hijo, próximo ya a la mayoría de edad, permanecía en tiempos prácticamente iguales con uno y otro. Ocurrió que en el momento en que se dicta la sentencia de apelación, el hijo había alcanzado la mayoría de edad, y había establecido de manera voluntaria su domicilio con el padre, con el que pasó a convivir desde el día 5 de marzo de 2011.

Ocurrió, también, que previamente a entablar el proceso de divorcio, ambos esposos contemplaron la posibilidad de enajenar la vivienda de naturaleza ganancial y repartir el importe a partes iguales, reconociendo uno y otro que con ello no quedaban desamparados los intereses del hijo común entonces menor, al no concurrir razones determinantes de la atribución a su favor, por más que pasara a convivir con uno u otro, o incluso que se estableciera una custodia compartida alternativa; circunstancias todas ellas que le sirven de argumento a la Audiencia Provincial para *"mantener a favor del hijo la asignación que efectúa el Juez "a quo", ahora en compañía de su progenitor masculino"*, si bien limitando esta atribución a 2 años a computar desde la fecha de la sentencia, *"transcurrido el cual, quedará automáticamente extinguida la asignación, pasando de esta a una atribución alternativa a uno y otro litigante, ambos titulares dominicales del inmueble en cuestión, por periodos de 1 año, y comenzando por la esposa"*, y como tal se lleva al fallo de la sentencia en el que se dice, entre otros particulares, que *"Se mantiene a favor del hijo común David Ulises la atribución del uso del domicilio familiar y enseres de empleo ordinario existentes en el mismo, si bien ahora beneficiándose de meritado uso el padre con el que convive en lugar de la madre"*.

Previo al recurso de casación se formula recurso extraordinario por infracción procesal.

### RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL .

**SEGUNDO.-** Se articulan cuatro motivos, ninguno de los cuales va a ser admitido. En el primero, con cita de los artículos 216 , 217.1 y 2 y 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , lo que se cuestiona realmente es la valoración jurídica de la sentencia en orden a la asignación del uso de la vivienda familiar y cuantía de alimentos a favor del hijo común a partir de unos hechos que no se discuten, como los ingresos de uno y de otro cónyuge y la convivencia voluntaria del menor con su padre, lo que no es propio de este recurso sino del de casación. Sucede lo mismo con el segundo, en el que se califica de arbitraria e ilógica la valoración de la prueba practicada, siendo así que esta valoración es función de instancia, y tan sólo cabe, excepcionalmente, justificar un recurso por infracción procesal, al amparo del apartado 4º del artículo 469.1 LEC, y no del 469.1.2º de la LEC , también invocado en el primer motivo, amparado en la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( SSTs de 18 de junio de 2009 ; 13 de abril de 2010 ; de 8 de julio y 30 de marzo de 2010 y 8 de octubre 2013 , entre otras), y que lo que pretende realmente es que se valore el suyo como el interés mas necesitado de protección para adoptar la medida de uso, lo que no es propio de este recurso, como tampoco lo es la tacha de falta de motivación que se hace en el tercero, respecto de la misma medida y de la cuantificación de la pensión de alimentos, en razón a los ingresos, recursos y necesidades de los interesados. La tacha de incongruencia que se hace en el cuarto es realmente inexplicable pues ninguna pensión compensatoria se solicitó de forma subsidiaria y lo que pretende es hacer valer como pretensión de fondo un simple burofax dirigido por la esposa al esposo, en tratos preliminares, junto con una justificación sobre el derecho a percibirla, lo que tampoco es propio de este recurso, ni del de casación, en el que no se plantea.

### RECURSO DE CASACION.

**TERCERO.-** El primer motivo se formula por infracción de los artículos 96 y 103.2º del Código Civil en la atribución del uso de la vivienda familiar. Considera la recurrente que existe interés casacional porque la sentencia dictada por la Audiencia se opone a la doctrina legal sentada en la Sentencia de Pleno de 5 de septiembre de 2011 , conforme a la cual la atribución del uso de la vivienda en caso de existir hijos mayores de edad ha de hacerse a tenor del párrafo 3º del artículo 96 del Código Civil , que permite adjudicarlo al cónyuge por el tiempo que prudencialmente se fije, cuando las circunstancias lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

El motivo se va a analizar desde la óptica de la infracción de la Sentencia de Pleno que se cita y no desde la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales al haberse fijado doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión, lo cual resulta suficiente, como recoge el Acuerdo de 30 de diciembre de 2011, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, tras la reforma operada por Ley 37/2011 de 10 de octubre de Medidas de Agilización Procesal.

La sentencia establece como doctrina jurisprudencial que 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 hicieran 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 fué asignación inicialmente fijado por la minoría de edad de los hijos, en concurrencia con otras circunstancias sobrevenidas. Como expresa la sentencia citada "ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 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»".

La aplicación de esta doctrina determina la estimación del motivo, pues la decisión del hijo mayor de convivir con el padre no debió considerarse factor determinante a la hora de privar a la esposa de su derecho a usar el domicilio familiar, como venía haciéndolo hasta ese momento una vez acreditado que las circunstancias en ella concurrentes lo hacían aconsejable por ser su interés el más necesitado de protección, no solo porque ya estaba en la casa sino porque carece de sentido que quien salió de la misma vuelva para ocuparla en un tiempo tasado, y que quien estaba salga por la decisión del hijo de trasladarse a vivir con su padre, cuando no está enfrentado a su madre con la que de hecho ha venido conviviendo hasta que decidió residir en la vivienda de su padre. Este uso se mantendrá hasta el momento de la liquidación del régimen matrimonial, si antes no se produce su venta.

**CUARTO.-** El tercer motivo no presenta interés casacional. Se refiere a la cuantificación de la pensión alimenticia a favor del hijo y se cita como infringido el artículo 146 del CC, que establece que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, en relación con el artículo 96 CC, relativo al uso de la vivienda familiar, y artículos 147 y 143, también del Código Civil, sobre el aumento o disminución de la fortuna del que hubiere de satisfacerlos y sobre los obligados recíprocamente a darse alimentos.

La jurisprudencia de esta Sala ha declarado repetidamente que el juicio de proporcionalidad del artículo 146 CC "corresponde a los tribunales que resuelven las instancias y no debe entrar en él el Tribunal Supremo a no ser que se haya vulnerado claramente el mismo o no se haya razonado lógicamente con arreglo a la regla del art. 146", lo que no es del caso, de modo que la fijación de la entidad económica de la pensión "entra de lleno en el espacio de los pronunciamientos discrecionales, facultativos o de equidad, que constituye materia reservada al Tribunal de instancia, y por consiguiente, no puede ser objeto del recurso de casación" (SSTS de 21 noviembre de 2005; 26 de octubre 2011, entre otras), en un supuesto el que, además, se vincula la prestación a la privación del uso de la vivienda, que ha sido corregida.

**QUINTO .-**Se imponen a la recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal y no ha lugar a hacer especial declaración de las del recurso, por aplicación del artículo 398.2 LEC.

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

## FALLAMOS

1. Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y declarar haber lugar en parte al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D<sup>a</sup> Lucía, contra la sentencia de 20 de julio de 2012, dictada en grado de apelación, rollo núm. 159/11, por la Sección 24 de la Audiencia Provincial de Madrid, dimanante del juicio de divorcio núm. 740/2008, del Juzgado de Primera Instancia núm 3 de San Lorenzo del Escorial.

2. Casar la sentencia recurrida, únicamente en el particular relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se adjudica a la esposa hasta que tenga lugar la liquidación del régimen económico matrimonial, o antes si se procede a su venta.

3. Se mantienen los restantes pronunciamientos.

4. Se imponen a la recurrente las costas causadas por el recurso extraordinario por infracción procesal y no se hace especial declaración de las de este recurso.



Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O'Callaghan Muñoz. Firmado y Rubricado.**- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Antonio Seijas Quintana**, 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ