T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 568/2019

Fecha de sentencia: 29/10/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1153/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/10/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Procedencia: Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN núm.: 1153/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 568/2019

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 29 de octubre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 16 de enero de 2019, dictada en recurso de apelación 542/2018, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, dimanante de autos de juicio ordinario 340/2018, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por D. Sergio , representado en las instancias por la procuradora Dña. María Concepción González Escolar, bajo la dirección letrada de Dña. Ángeles Pulido Sánchez, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación la misma procuradora en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona Dña. Teodora , representado por la procuradora Dña. Noelia Menéndez Tamargo, bajo la dirección letrada de D. José Manuel Álvarez Díez y con la intervención del Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- D. Sergio , representado por la procuradora Dña. Concepción González Escolar y dirigido por la letrada Dña. Ángeles Pulido Sánchez, interpuso demanda de juicio para modificación de medidas adoptadas en divorcio, ya con una primera modificación, contra Dña. Teodora y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia por la que:

"Se sirva decretar la modificación de medidas en su día acordadas, y en consecuencia:

"1.- Sea declarada y se proceda a la extinción del derecho de uso y disfrute de la vivienda que fue familiar, sita en DIRECCION000 , CALLE000 núm. NUM000 - NUM001 .º NUM002 , otorgado a favor de la demandada en su día, por haber cambiado las circunstancias tenidas en cuenta en aquel momento, al haber introducido en la actualidad a su nueva pareja sentimental en la misma, y haber perdido por tanto la condición de vivienda familiar y se proceda a la desafectación de la misma, y sea extinguido el derecho de uso concediendo un período máximo de desalojo a la demandada de cuatro meses de la misma, a fin de favorecer las operaciones liquidatorias a través del procedimiento de liquidación o a su adjudicación a cualquiera de los cotitulares con obligación de abono al otro del exceso de adjudicación, o en su caso, a la venta a un tercero repartiéndose el producto entre ambos.

"2.- Que al no existir cuidadora que atienda a la menor por las tardes tal y como en su día se tuvo en cuenta por la sentencia de la Audiencia, que en definitiva fijó la cantidad de pensión alimenticia vigente, sea rebajada la misma en 90.-€/mes.

"3.- Subsidiariamente, y solo para el caso, de que no fuera estimada la acción que se articula como principal (extinción del derecho de uso de la antigua vivienda familiar), sea rebajada la pensión alimenticia a la que viene obligado mi mandante, a la cantidad de 150.-€/mes.

"Y todo ello con expresa imposición de costas a la demandada atendidas las circunstancias puestas de manifiesto en esta demanda".

2.- El fiscal se personó en las actuaciones y contestó a la demanda suplicando:

"Se dicte resolución por la que se confirmen las medidas cuya modificación se pretende, si en el curso del procedimiento no se prueba lo alegado en ella".

3.- La demandada Dña. Teodora , representada por la procuradora Dña. Noelia Menéndez Tamargo y bajo la dirección letrada de D. José Manuel Álvarez Díez, 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:

"Desestimado íntegramente la demanda, con imposición de costas al actor".

4.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Oviedo se dictó sentencia, con fecha 12 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación de D. Sergio contra Dña. Teodora , debo acordar la modificación de las medidas fijadas en la sentencia de divorcio dictada por este juzgado de fecha 27 de octubre de 2011, con las modificaciones adoptadas por la sentencia de modificación de medidas de fecha 24 de julio de 2015 (parcialmente revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 15 de febrero de 2016) en el siguiente extremo:

"-D. Sergio deberá abonar a Dña. Teodora en concepto de pensión de alimentos a favor de su hija Florinda , la suma de trescientos cincuenta mensuales (350.-€/mes) cantidad que deberá ingresar, por mensualidades

anticipadas durante los siete primeros días de cada mes, en la cuenta bancaria que la madre designe y que será actualizable anualmente el día 01 de enero conforme al IPC.

"No procede un pronunciamiento especial sobre las costas causadas".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante e impugnación de la sentencia por la parte demandada, la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo dictó sentencia, con fecha 16 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Sergio y se desestima la impugnación articulada por Dña. Teodora , contra la sentencia dictada el doce de julio de dos mil dieciocho, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Oviedo, en el juicio de modificación de medidas núm. 340/2018. Se revoca parcialmente la sentencia apelada en el sentido de fijar la prestación de alimentos que el apelante D. Sergio ha de satisfacer a su hija menor Florinda en trescientos euros (300.-€) mensuales. Suma que se abonará en el plazo y con el índice de actualización recogidos en la sentencia de instancia y que se hará efectiva a partir de esta sentencia de apelación. Se mantiene la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de la menor y la

progenitora custodia. No se hace especial condena en costas ni de la apelación ni de la impugnación".

Y con fecha 28 de enero de 2019 se desestimó la aclaración solicitada por la impugnante y demandada. TERCERO.- 1.- Por D. Sergio se interpuso recurso de casación basado en el siguiente motivo:

Motivo único.- De conformidad a lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC, por interés casacional, se denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y en concreto, la emanada de su sentencia del pleno 641/2018, de 20 de noviembre, recaída en recurso 982/2018, ponente el excelentísimo D. José Antonio Seijas Quintana; infringiéndose por aplicación indebida en la sentencia recurrida el art. 96-1.º del Código Civil.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de junio de 2019, se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida personada y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido la procuradora Dña. Noelia Menéndez Tamargo, en nombre y representación de Dña. Teodora , presentó escrito de oposición al mismo, por su parte el Ministerio Fiscal entiende que "procede casar la sentencia recurrida de modo que la Excmo. Sala, asumiendo funciones de la instancia, la revoque y dicte otra en la que se acuerde suprimir el uso de la vivienda familiar a la progenitora demandada y a su hija menor, estableciendo la pensión de alimentos a cargo del progenitor y en beneficio de la hija, en la cuantía que la Sala estime conveniente".

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 22 de octubre de 2019, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes.

1.- Demanda.

El recurso interpuesto trae causa de la demanda de modificación de medidas promovida por el actor, en la que alega la existencia de una modificación sustancial de las circunstancias al tiempo de adoptarse las medidas relativas al uso de la vivienda familiar y el importe de la pensión alimenticia. En concreto se invoca respecto de la medida de atribución del derecho del uso de la vivienda familiar -que **en causa de divorcio se convino,** convenio de 15 de septiembre de 2011, la atribución a la madre y a la hija, nacida en NUM003 de 2005- la circunstancia **sobrevenida de convivir la demandada con su nueva pareja en el domicilio familiar**, razón por la que insta la extinción de dicho uso. También pidió la **reducción del importe de la pensión de alimentos a abonar a la hija, al no tener ya cuidadora.**

2.- Sentencia de primera instancia.

La demanda se estimó parcialmente en **primera instancia**; consideró el juzgador que la circunstancia alegada de la convivencia de la progenitora custodia con su nueva pareja en el domicilio familiar -que ha quedado acreditado- nunca podría servir de base para extinguir el derecho de uso atribuido por sentencia de divorcio a la esposa e hija, pues conforme al art. 96 CC, el uso se atribuye al progenitor que ostente la custodia del menor, **considera por tanto que dicha convivencia a la que no se une un cambio de situación económica de ninguno de los cónyuges, no fundamenta una extinción del derecho del uso, conforme a los arts. 90, 91 y 96 CC. Ahora bien, rebaja el importe de la pensión de alimentos** a abonar por el actor, en consideración a dicha convivencia en el domicilio familiar, y los ingresos exiguos de la pareja de la ex esposa, y que la menor ya no tiene cuidadora, por ello reduce aquella a 350,00 euros mensuales.

3.- Sentencia de **segunda** instancia.

Recurrida la sentencia por el actor, ahora recurrente -recurso impugnado por la ex esposa- se delimita el debate por la audiencia en si procede mantener el uso de la vivienda familiar a la hija menor y la madre custodia por la convivencia habitual acreditada en la vivienda familiar de un tercero, con el que la madre tiene una relación afectiva, y **en función de cómo se resuelva, en qué manera debe repercutir en la prestación de alimentos** que el padre ha de satisfacer a la hija.

La sentencia de la Audiencia considera que acreditado el uso compartido del domicilio familiar por la actual pareja de la ex esposa, resuelve que no procede la extinción de dicho uso, por dicha causa, ni procede limitar temporalmente dicho uso, por cuanto estima que el uso se convino por acuerdo de divorcio entre los ex cónyuges, y **se pactó sin ninguna limitación,** y dice sic, "a pesar de que **cabía pensar que ambos litigantes intentaran rehacer su vida personal con tercera persona".**

Expresamente refiere la sentencia:

"Esa asignación se hace en beneficio de la menor, art. 96.1 CC, como forma de contribución a su alimentación, cubriendo su necesidad esencial, básica de la vida -su habitación- que además acostumbra a suponer un importante esfuerzo económico. De hecho ambos litigantes contribuyen al pago de este gasto -vivienda gravada con hipoteca que ambos abonan al 50%- siendo además que en el convenio anteriormente referido **los cónyuges de mutuo acuerdo liquidan la sociedad de gananciales y se atribuyen la titularidad dominical del inmueble por mitad".**

Argumenta dicha sentencia, que es conocedora de la STS del pleno de 20 de noviembre de 2018, que se aparta de la dicción del art. 96.1 CC, pues considera que esta atribución que hace lo es en beneficio del menor, quien **no puede verse privado de él por el hecho de que el progenitor custodio decida rehacer su vida personal y pasar a convivir, en la misma vivienda, de forma más o menos continuada con su nueva pareja**. Ahora bien, indica que la convivencia en el que fuera domicilio familiar, de una tercera persona que dispone de ingresos, aunque mínimos, permite a ese tercero contribuir a los gastos domésticos. Y considera acreditado que la actual pareja de la ex esposa, percibe prestación por desempleo, 430,00 euros mes, pero ha trabajado en el extranjero, pero desconociendo sus ingresos, lo que le permite colaborar en los gastos domésticos, lo que supone mayor disponibilidad económica a la ex esposa, y por tanto **posibilidad de contribuir con su retribución salarial a la manutención de la hija**. Añade que las necesidades de la hija, -próxima a cumplir los 14 años- no consta que sean mayores, habiéndose reducido el gasto de cuidadora, por lo que valorando en conjunto todo ello, reduce el importe de la pensión en 300,00 euros mensuales.

4.- Recurso de casación.

Contra la citada sentencia se interpone recurso de casación por el demandante, apelante, fundado en un único motivo por infracción, aplicación indebida, del art. 96.1 CC, por oposición a la doctrina jurisprudencial contenida en STS del pleno 641/2018 de 20 de noviembre, y considera que se infringe, pues la sentencia recurrida en casación sigue considerando la vivienda como domicilio familiar a pesar de declarar probado la convivencia en el citado domicilio de la pareja sentimental de la madre custodia. Pretende que se aplique la doctrina contenida en la STS del pleno citada, y es que, alega, el domicilio familiar pierde tal carácter, cuando sirve a otra familia distinta, sin que pueda mantenerse la atribución en base al art. 96.1 CC, una vez declarado probado que se ha introducido un tercero, pareja sentimental de la progenitora guardadora en el indicado domicilio.

Interesa a través del recurso que se declare extinguido el derecho de uso de la vivienda atribuido a la ex esposa y la hija menor, que en su día constituyó la vivienda familiar. Ahora bien, la sentencia recurrida no declaró la extinción del uso pero si redujo por esta y otras razones, el importe de la pensión de alimentos de la hija.

El Ministerio Fiscal, solicitó la estimación del recurso, alegando que:

"Al ser la sentencia en la que basamos nuestro dictamen del pleno de la Sala Primera del TS, este Ministerio Fiscal entiende que se ha de observar la doctrina en ella contenida y por lo tanto, procede casar la sentencia recurrida de modo que la Excmo. Sala, asumiendo funciones de la instancia, la revoque y dicte otra en la que se acuerde suprimir el uso de la vivienda familiar a la progenitora demandada y a su hija menor, estableciendo la pensión de alimentos a cargo del progenitor y en beneficio de la hija, en la cuantía que la Sala estime conveniente".

SEGUNDO.- Motivo único.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 477.2.3.º de la LEC, por **interés casacional,** se denuncia la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, y en concreto, la emanada de su sentencia del pleno 641/2018, de 20 de noviembre, recaída en recurso

982/2018, ponente el excelentísimo D. José Antonio Seijas Quintana; infringiéndose por aplicación indebida en la sentencia recurrida el art. 96-1.º del Código Civil.

"En concreto se desestima la pretensión principal de la demanda, oportunamente deducida y reiterada en el recurso de apelación igualmente, de la extinción del derecho de uso de la vivienda en la que habita la demandada, ex esposa de mi mandante, cuyo uso le fue atribuido en el previo procedimiento de divorcio, como consecuencia de ser la progenitora custodia de la hija común menor de edad, y ello a pesar de declararse probado en la sentencia el hecho de la convivencia, en el citado domicilio común, de la pareja sentimental de aquella. Reiterando la aplicación del Art. 96, párrafo primero, en cuanto que, a pesar de este hecho declarado probado, la sentencia recurrida sigue considerándolo domicilio familiar, apartándose de lo resuelto al respecto, en la sentencia del pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo invocada.

"2.- Justificación del motivo: Como ya se ha indicado el único motivo que se esgrime es el interés casacional dimanante de la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y en concreto la que emana de la reciente sentencia del pleno número 641/2018 de 20 de noviembre".

TERCERO.- **Influencia de la convivencia con nueva pareja en el domicilio familiar, que fue asignado a la menor, que convive con su madre, a la que se le asignó la custodia, en anterior procedimiento.**

Se estima el motivo.

Como cuestión previa, esta sala no entrará en la naturaleza del uso de la vivienda, como usufructo, pues tal cuestión no ha sido objeto de debate ni de resolución en el transcurso del procedimiento, planteándose tal cuestión por primera vez en la oposición a la casación.

Es un hecho probado que la demandada mantiene una relación afectiva estable con una nueva pareja, que reside en el domicilio que se asignó a la hija menor y a su madre, como custodia al aprobarse el correspondiente regulador.

Esta Sala en **sentencia 641/2018, de 20 de noviembre, declaró:**

"(i) El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este carácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, dejando de servir a los fines del matrimonio. La introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza "por servir en su uso a una familia distinta y diferente", como dice la sentencia recurrida.

"(ii) La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores.

"El interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda".

En aplicación de esta doctrina, que la sala de apelación no desconocía, debemos declarar que **la introducción en la vivienda familiar de un tercero, en una relación afectiva estable, desnaturaliza el carácter de la vivienda, dado que deja de ser familiar,** en el sentido de que manteniéndose la menor en la misma, se forma una nueva pareja sentimental

entre su madre y un tercero que disfruta de una vivienda que también es propiedad del demandante, que además abona el 50% del préstamo hipotecario. Por lo expuesto, procede estimar el motivo de casación, en aplicación del art. 96.1 del C. Civil, declarando que **la vivienda que fue familiar ha dejado de serlo, por lo que dejamos sin efecto la atribución** de la misma a la menor y a la madre que la custodia, las cuales podrán **permanecer en la misma por un tiempo prudencial de un año, tras el cual deberán desalojarla.**

Debemos concretar que la atribución de uso de la vivienda se acordó en el correspondiente convenio regulador, pese a lo cual el art. 90, penúltimo párrafo, del Código Civil establece la posibilidad de modificarse si se alteran sustancialmente las circunstancias, como en este caso.

CUARTO.- Alimentos.

Tras esta decisión, nos encontramos con que la pensión de alimentos que el padre debía abonar para atender a las necesidades de su hija, se desnaturaliza en su cuantía, pues se partía de que la menor gozaba de vivienda, extremos que se debían tener en cuenta para reducir la cuantía de los alimentos, pues parte de los mismos son los correspondientes a la habitación de la menor.

Al no gozar de dicha vivienda, en aplicación del art. 93 del C. Civil, y por expresa petición del Ministerio Fiscal, ante esta Sala, **debe fijarse una nueva pensión de alimentos, en la que se ha de tener en cuenta la necesidad de que se provea a la menor una nueva vivienda.**

En la instancia se declaró que **D.ª Teodora percibía unos ingresos mensuales de 758,5 euros al mes y que D. Sergio la de 1881,74 euros.**

La menor cuenta actualmente con catorce años.

Por ello, en aplicación del art. 146 del C. Civil, 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, fijamos una pensión **alimenticia de 500 euros, actualizable**, conforme a lo dispuesto en la sentencia recurrida, que deberá abonarse desde que D.ª Teodora y la menor salgan del domicilio que fue familiar.

QUINTO.- No procede imponer las costas de la casación, con devolución del depósito constituido (arts. 394 y 398 LEC).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.0- Estimar el recurso de casación interpuesto por D. Sergio contra sentencia de 16 de enero de 2019, de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo (apelación 542/2018).

2.0- Casar la sentencia recurrida, en el sentido de que se estima la demanda de modificación de medidas interpuesta por el hoy recurrente, declarando:

a) Se deja sin efecto la atribución de la vivienda que fue familiar a la menor y madre que la custodia, debiendo abandonarla en el plazo de un año, desde la fecha de la presente sentencia.

b) Se fija una pensión de alimentos a favor de la menor y abonable por el padre de 500 euros, actualizable y abonable bajo las mismas circunstancias expresadas en la instancia.

3.0- No procede imponer las costas de la casación, 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.