

En la Villa de Madrid, a treinta de mayo 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 Madrid, sección 22ª, por Dª Soledad, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Beatriz Prieto Cuevas contra la Sentencia dictada, el día 22 de marzo de 2011, por la referida Audiencia y sección, en el rollo de apelación núm. 1042/10 que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid, en los autos de modificación de medidas núm. 176/2009. Ante esta Sala comparecen la procuradora Dª Alicia Álvarez Plaza en nombre y representación de D. José María, personándose como parte recurrida en base a la designación de turno de oficio. La procuradora Dª Beatriz Prieto Cuevas, se personó en nombre y representación de Dª María Soledad en concepto de recurrente. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid, interpuso demanda sobre modificación de medidas, D. José María, contra Dª Soledad. El suplico de la demanda es del tenor siguiente: “... se dicte sentencia por la que se modifique y se acuerde dejar sin efecto, por concurrir causa de cesación de la obligación de dar alimentos establecidos en sentencia y dejar sin efecto la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa e hijo por concurrir causa de cesación”.

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación de Dª Soledad, los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: “... se dicte Sentencia por la que desestimando íntegramente las peticiones formuladas en la demanda acuerde mantener las medidas adoptadas en la Sentencia dictada con fecha 29 de octubre de 1985 en los autos de separación núm. 2223/04, parcialmente revocada por la Sentencia de fecha 9 de abril de 1987 dictada por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en el rollo 143/1986, con expresa condena en costas a la parte demandante”. Asimismo formuló demanda reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: “... se dicte Sentencia por la que:

-Se acuerde la fijación de una pensión alimenticia a favor del hijo incapacitado D. José Antonio por importe de doscientos euros (200 €) mensuales.

-Que se fije como pensión compensatoria a satisfacer por el reconvenido D. José María en la cantidad de trescientos euros (300 €) mensuales, a favor de mi representada Dª Soledad, a satisfacer por mensualidades anticipadas dentro de los cinco primeros días de cada mes a ingresar en la cuenta corriente o cartilla de ahorro que señale la Sra. Soledad. Actualizándose dicha cantidad en las variaciones anuales publicado por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya”.

La representación de D. José María, contestó a la demanda reconvenional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando: "...se dicte sentencia por la cual se desestime por completo la demanda reconvenional y absolviendo de la misma a mi representada y estimando íntegramente nuestra demanda de modificación dicte sentencia por la cual se proceda a revocar la sentencia de fecha 10 de febrero de 1997 procedimiento de modificación de medidas núm. 596/96 declarada firme por sentencia de fecha 24 de septiembre de 1998 por la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo 619/97 y en su consecuencia se acuerde dejar sin efecto la atribución del uso del domicilio conyugal a la esposa e hijo por concurrir causa de cesación; con expresa imposición de costas a la demandada reconviniente".

Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de las pruebas propuestas por las partes, admitidas y declaradas pertinentes, el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid dictó Sentencia, con fecha 13 de enero de 2010 y con la siguiente parte dispositiva:

"Fallo: Que estimando la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales D^a Alicia Álvarez Plaza, en nombre y representación de D. José María, en los autos número 176/09, y desestimando la reconvenición formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a Beatriz Prieto Cuevas, en nombre y representación de D^a Soledad, debo acordar y acuerdo la modificación de las medidas adoptadas en la sentencia de separación de fecha veintinueve de octubre de mil novecientos ochenta y cinco, dictada en los autos seguidos ante este Juzgado bajo el número 2.223/84, y que fue revocada en parte por la de la Audiencia Territorial de Madrid de fecha diez de febrero de mil novecientos noventa y siete, dictada en los autos seguidos ante este Juzgado bajo el número 596/96, en el sentido de dejar sin efecto la pensión allí acordada a favor de la Sra. Soledad y asimismo la atribución del uso del domicilio conyugal a favor de ésta y del hijo mayor de edad José Antonio, absolviendo a la parte actora-reconvenida de los pedimentos accionados de contrario e imponiendo expresamente las costas de esta instancia a la parte demandada-reconviniente".

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D^a Soledad. Sustanciada la apelación, la Sección 22^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó Sentencia, con fecha 22 de marzo de 2011, con el siguiente fallo: "Que desestimando el recurso de apelación formulado por D^a Soledad contra la Sentencia dictada, en fecha 13 de noviembre de 2010, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de los de Madrid, en autos de modificación de medidas complementarias de separación matrimonial seguidos, bajo el núm. 176/2009, entre dicha litigante y D. José María, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida. No se hace especial condena en las costas del recurso".

TERCERO.- Anunciado recurso de casación por D^a Soledad, el tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte representada por la Procuradora D^a Beatriz Prieto Cuevas lo interpuso articulándolo en los siguientes motivos:

Único.- Al amparo del artículo 477.3 de la LEC, por presentar interés casacional derivado de la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, así como por resolver cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

- Infracción de lo dispuesto en los arts. 97, 100 y 101 del Código Civil referente al carácter reequilibrador de la pensión compensatoria, a su fijación en atención a las circunstancias concurrentes al tiempo de la separación y a la posibilidad de su modificación (que no extinción) sólo en los casos en que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

- Infracción del art. 96 del Código Civil. Ausencia de alteración de las circunstancias que justifiquen la cesación de la atribución a la esposa del uso del domicilio familiar mientras dure la convivencia con el hijo común.

Por resolución de fecha 13 de mayo de 2011, 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 D^a Alicia Álvarez Plaza en nombre y representación de D. José María, como parte recurrida en base a la designación de turno de oficio. La procuradora D^a Beatriz Prieto Cuevas, se personó en nombre y representación de D^a María Soledad en concepto de recurrente. Es parte el Ministerio Fiscal.

Admitido el recurso por auto de fecha 13 de septiembre de 2011 y evacuado el traslado conferido al respecto, la Procuradora D^a Alicia Álvarez Plaza, en nombre y representación de D. José María, impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

El Ministerio Fiscal, presentó escrito adhiriéndose al recurso y solicitando la estimación del mismo.

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

Ha sido ponente la Excm. Sra. D^a Encarnación Roca Trías,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de los hechos probados.

1º D. José M. y D^a Soledad contrajeron matrimonio en 1959. Tuvieron dos hijos, Soledad y José Antonio.

2º Desde 1987 se encuentran separados por sentencia firme, aunque no se han divorciado.

La sentencia de separación, dictada en apelación por la AP de Madrid, sección 3ª, de 9 abril 1987, atribuyó el domicilio conyugal a la esposa mientras durara

la convivencia con el hijo y acordó también alimentos a favor de la esposa y del hijo común menor de edad en la cantidad de 20.000 Ptas mensuales a favor de la primera y 10.000 Ptas a favor del segundo. La sentencia del juzgado de 1ª instancia núm. 22 de Madrid, de 10 febrero 1997, dictada en un procedimiento de modificación de medidas instado por el marido D. José M., decretó la supresión de los alimentos del hijo, ya mayor de edad y mantuvo los de la esposa y el uso del domicilio familiar.

3º Durante la tramitación del actual procedimiento se han producido los siguientes acontecimientos:

a) El hijo, D. José Antonio, fue incapacitado en 2010, por sufrir una enfermedad mental; la sentencia del juzgado de 1ª instancia núm. 95 de Madrid, de 3 diciembre 2010, declaró la incapacidad plena y rehabilitó la patria potestad de la madre;

b) El marido, D. José M., fue también incapacitado de forma parcial en 2011, imponiéndole una curatela para actos de disposición y administración. Fue nombrada curador la asociación AMTA.

4º Antes de ser sometido a curatela, D. José M. demandó a Dª Soledad, pidiendo que se dejaran sin efecto los alimentos acordados a la esposa en la sentencia de separación y la atribución del uso del domicilio, porque la vivienda es propiedad exclusiva del marido, la esposa había comprado una casa en propiedad fuera de Madrid, como consecuencia de haber adquirido una herencia y el marido estaba jubilado.

Dª Soledad se opuso a la demanda y alegó, entre otros extremos, la incapacidad del hijo y formuló reconvencción, pidiendo que se acordase una pensión de alimentos para el hijo y que se aumentase su pensión compensatoria.

5º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia núm. 22, de Madrid, de 13 enero 2010, estimó la demanda y extinguió el uso de la vivienda y la que denominó pensión compensatoria y no estimó la reconvencción. Respecto a la pensión de la esposa, entendió que:

a) Se habían modificado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento de dictarse las sentencias de separación y la primera de modificación de medidas, teniendo una solvencia que no tenía, por lo que debía dejarse sin efecto;

b) No se podía mantener el uso de la vivienda porque la esposa tenía capacidad económica suficiente y porque el interés del hijo no era el más necesitado de protección, ya que “su minusvalía, que no incapacidad legal, no puede conllevar por si sola y sine die, preferencia jurídica alguna sobre el uso del inmueble frente al derecho de propiedad que ostenta en exclusiva el demandante”, y

c) Respecto a la petición de alimentos para el hijo realizada en la reconvención, no puede pedirse ahora por la madre, ya que debe hacerlo el propio interesado.

6º Recurrió Dª Soledad. La SAP de Madrid, sección 22, de 22 marzo 2011, confirmó la sentencia apelada. Los argumentos son:

a) El derecho de la esposa es de carácter alimenticio, según la sentencia que decretó la separación, por lo que debe aplicarse lo dispuesto en el art. 152.3 CC;

b) Aun cuando se hubiera atribuido una pensión compensatoria, al tener la recurrente sus propios ingresos, “implica la superación del desequilibrio económico que pudo condicionar la inicial sanción judicial del derecho(...)”;

c) La situación económica de Dª Soledad ha mejorado notablemente, al ser propietaria de una vivienda en Torrevieja;

d) El hijo tiene sus propios recursos para pedir alimentos a sus progenitores;

e) El derecho de uso de la vivienda no tiene carácter vitalicio, “(...)encontrándose, por el contrario, sometido a un necesario condicionante temporal, máxime en supuestos, cual en el caso acaece, en que la titularidad de dicho bien corresponde exclusivamente al cónyuge no beneficiario del uso”, y

f) “No obstante seguir viviendo el hijo José Antonio, en compañía de la esposa, en el inmueble que constituyó la sede de la vida familiar, no puede dejar de ponderarse que el derecho de uso sancionado en su momento en favor de ambos se prolonga ya durante más de veinticinco años, disponiendo ahora la citada progenitora, no sólo de medios económicos propios de los que anteriormente carecía, o eran de escasa cuantía y continuidad, sino también de una vivienda de su titularidad, respecto de la que no consta, pues ninguna prueba se ha aportado a tal fin, que carezca de condiciones para cubrir, de modo digno, las necesidades cotidianas de alojamiento de madre e hijo, ni que, en la localidad donde se ubica dicho inmueble, o en sus inmediaciones, no existan los correspondientes servicios médicos que puedan supervisar la enfermedad que padece el citado descendiente, cuya declaración de incapacidad, atendidas las expuestas circunstancias, no puede convertir en vitalicio un derecho que, por definición legal, queda siempre limitado en su vigencia en el tiempo”.

7º Dª Soledad formula recurso de casación, al amparo del art. 477,2,3 LEC, por presentar interés casacional, que fue admitido por ATS de 13 septiembre 2011.

La oposición de la parte recurrida presenta una objeción a la admisibilidad del presente recurso, por no superar la cuantía legalmente exigida y por preparación defectuosa, así como las alegaciones correspondientes a los motivos del recurso.

Figura el informe del Ministerio Fiscal que apoya el recurso.

SEGUNDO.- Enunciado del primer motivo de casación.

Motivo primero.- Infracción de los Arts. 97, 100 y 101 CC, referentes al carácter reequilibrador de la pensión compensatoria, a su fijación en atención a las circunstancias concurrentes al tiempo de la separación y a la posibilidad de su modificación, que no extinción, solo en los casos en que se produzca una alteración sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de su adopción. Sostiene que se trata de una pensión compensatoria, no de alimentos y dice que la sentencia recurrida se aparta de la STS 43/2005, de 10 febrero y la 917/2008, de 3 octubre, porque en el momento actual asegura que no hay desequilibrio, cuando éste debe valorarse en la fecha de la separación. No se ha modificado la situación existente en aquel momento y más teniendo en cuenta la enfermedad que padece el hijo, por la que se ha rehabilitado la patria potestad, al haber sido declarado incapaz y esta situación debe ser valorada como un gravamen extraordinario, que no fue contemplado en la sentencia de separación. Cita STS 117/2008, de 4 abril 2008.

El motivo se desestima.

TERCERO.- Los alimentos de la esposa separada.

La recurrente insiste en calificar como pensión compensatoria lo que en realidad es un derecho de alimentos reconocido con tal nombre en la sentencia de separación.

Los alimentos constituyen un derecho de carácter asistencial de la persona que los reclama, tal como se deduce de lo establecido en los arts. 142 y 148 CC; especialmente este último, centra la obligación de prestarlos en la necesidad para subsistir de la persona que tenga derecho a percibirlos, y es por ello que cuando acaba la necesidad, se extingue dicha obligación (art. 152 CC).

La sentencia recurrida califica como alimentos lo acordado en la sentencia de separación, cosa perfectamente lógica porque, subsistiendo el matrimonio a pesar de la separación, los cónyuges tienen la cualidad de tales y por tanto puede existir esta obligación según dispone el art. 143, 1 CC, al establecer que los cónyuges tienen obligación recíproca de prestarse alimentos.

Partiendo de esta calificación, que está de acuerdo con lo acordado en la sentencia que decretó la separación, debe mantenerse la sentencia recurrida en razón a lo siguiente:

1º Ha quedado probado en la sentencia recurrida que no existe necesidad de la recurrente, cuestión en la que no se puede insistir en este momento, dado que la prueba de los hechos que van a dar lugar a mantener o extinguir el derecho de alimentos, corresponde a la instancia.

2º No es válido el argumento esgrimido por la recurrente en relación a la necesidad de atención al hijo incapacitado, cuya patria potestad se ha rehabilitado a favor de la madre, tal como dispone el art. 171 CC. El cuidado

del hijo debe ser tenido en cuenta en la determinación de la cuantía de los alimentos que le corresponden, cuestión que como ya se ha dicho no es propia de este procedimiento.

3º La STS 117/2008, de 4 abril 2008, que se dice infringida por la recurrente, no se corresponde con lo debatido en este litigio, porque se refiere a un derecho de alimentos acordado en convenio en la sentencia de separación, que desaparece en la sentencia de divorcio, habiéndose reservado la esposa el derecho a reclamar la pensión compensatoria en un proceso posterior. Como puede comprobarse, no coincide en absoluto con el problema debatido aquí. Tampoco se ajustan a la cuestión litigiosa las SSTS 43/2005, de 10 febrero y la 917/2008, de 3 octubre, porque ambas se refieren a pensiones compensatorias y lo discutido en este pleito es el derecho de alimentos de la esposa.

4º Finalmente, al no oponerse a las sentencias aludidas no queda justificado el interés casacional.

TERCERO.- Enunciado del segundo motivo de casación.

El segundo motivo denuncia la infracción del art. 96 CC. No se han alterado las circunstancias que justifican la cesación de la atribución a la esposa del uso del domicilio familiar mientras dure la convivencia con el hijo común. Cita las SSAP de Palencia, sección 1ª, núm. 68/2007, de 15 de marzo de 2007 y de Pontevedra, núm. 378/2002, de 30 octubre, en las que se valora la situación de incapacidad del hijo como un hecho relevante en orden a la asignación del domicilio familiar al progenitor custodio en compañía del hijo, bien a considerar a la esposa el interés más necesitado de protección por disponer de unos ingresos bajos.

El motivo se estima.

Concurre aquí interés casacional por existir doctrina contradictoria de las AAPP centrada en las dos únicas sentencias que cita. Por tanto, debe entrar a examinarse el motivo de casación.

CUARTO.- Atribución del uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre titular de patria potestad rehabilitada.

El art. 96.1 CC establece que el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta Sala ha interpretado esta disposición en el sentido que protege el interés de los menores, que resulta ser el más necesitado de protección en el procedimiento matrimonial (SSTS 659/2011, de 10 octubre; 451/2011, de 21 junio; 236/2011, de 14 abril y 861/2011, de 18 enero, entre otras).

Los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores en este aspecto, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el art. 96.1 CC, que no distingue entre menores e incapacitados. A favor de esta interpretación se encuentra la necesidad de protección acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las

personas con discapacidad, de 13 de diciembre 2006, ratificada por Instrumento de 23 de noviembre 2007, y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

De acuerdo con lo anterior, y al haber sido rehabilitada la patria potestad de la madre por haberse modificado judicialmente la capacidad del hijo, corresponde mantener el uso de la vivienda al hijo incapacitado y a la madre como progenitora que ostenta su guarda y custodia en virtud de la sentencia de incapacitación, de 3 diciembre 2010.

QUINTO.- Estimación parcial del recurso.

La estimación del segundo motivo del recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Soledad contra la SAP de Madrid, sección 22, de 22 marzo 2011, determina la estimación en parte del propio recurso.

SEXTO.- Decisión y Costas.

La estimación en parte del recurso de casación y la anulación parcial de la sentencia recurrida determina la asunción de la instancia por esta Sala. En consecuencia, se desestima en parte la demanda presentada por D. José M., en lo relativo a la atribución del uso de la vivienda familiar, que se mantiene a D^a Concepción. Se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes litigantes, de acuerdo con lo establecido en el art. 398.2 LEC.

No se imponen las costas de la demanda ni las del recurso de apelación.

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

FALLAMOS

1º Se estima en parte el recurso de casación formulado por la representación procesal de D^a Soledad contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22^a, de 22 marzo 2011, dictada en el rollo de apelación núm. 1042/2010.

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

3º Se desestima en parte la demanda presentada por D. José María y se mantiene la atribución del uso de la vivienda que fue domicilio familiar a D^a Concepción. Se mantienen todos los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

4º No se imponen las costas del recurso de casación.

5º No se imponen las costas de la apelación.

6º No se imponen las costas de la 1ª instancia.

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. José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Excma. Sra. Dª Encarnación Roca Trías, 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.