

Roj: STS 4640/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4640  
Id Cendoj: 28079110012016100612  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 2142/2015  
Nº de Resolución: 635/2016  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 25 de octubre de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, como consecuencia de autos de modificación de medidas de divorcio n.º 134/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Valencia, cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Franco , representado ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Juan Luis Navas García; siendo parte recurrida doña Mercedes , representada por la Procuradora de los Tribunales doña Ana Castillo Díaz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** 1.º La procuradora doña Gema Josefina Mañez Ibañez, en nombre y representación de don Franco , interpuso demanda de juicio sobre modificación de medidas de divorcio, contra doña Ruth y doña Visitacion y Mercedes y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en el sentido siguiente:

«1) La extinción del uso del domicilio conyugal a favor de las demandadas Dña.

Ruth , doña Visitacion y Mercedes , sito en Valencia, CALLE000 n NUM000 . Esc, NUM001 , pta. NUM002 .

»2) La extinción de la pensión de alimentos y gastos extraordinarios que venían establecidos a favor de doña Visitacion y Mercedes , a cargo de mi mandante, debiendo en todo caso ser satisfechos dichos alimentos por mi mandante a sus hijas manteniendo en su casa a sus hijas hasta que adquieran la independencia económica.

»3) Que se establezca la pensión de alimentos que el Juzgado considere oportuna a favor de doña Visitacion y Mercedes , a cargo de Dña Ruth ».

2.- El procurador don Rafael Francisco Alario Mont en nombre y representación de doña Mercedes , 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 desestime la demanda por falta de legitimación pasiva de mi mandante, en todo caso por los motivos de oposición aducidos en la presente contestación, con expresa imposición de costas causadas al actor»

**SEGUNDO.-** Previos los trámites procesales correspondiente y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Valencia, dictó sentencia con fecha uno de julio de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue FALLO:

«Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda de modificación de medidas definitivas, instada por don Franco representado por la Procuradora doña Gema Josefina Mañez Ibañez, contra Da. Ruth , Dª. Visitacion y contra Dª. Mercedes representa a por los Procuradores, D. Ignacio Zaballos Tormo, D. Ana Araceli Moreno Garijo y Dª María Costes Cervera, acordándose el mantenimiento de la medida del uso, de la vivienda familiar,

en concepto alimenticio a favor de Da. Mercedes , manteniéndose la cuantía alimenticia vigente a cargo de don Franco a favor de su hija doña Visitacion , desestimándose la medida nº 3 solicitada por don Franco , contra doña Ruth , apreciándose falta de legitimación activa de la cuantía alimenticia vigente a cargo de D. Franco a favor de su hija, Da. Visitacion , la medida nº 3 solicitada por D. Franco contra Dª Ruth , apreciándose falta de legitimación activa de don Franco , para reclamar contra doña Ruth pensión alimenticia alguna.

»Todo ello, sin que proceda expresa imposición de las costas procesales a ninguno de los litigantes».

**TERCERO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Franco y doña Visitacion . La Sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia, dictó sentencia con fecha 11 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Franco y de Visitacion .

»2º.- Confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

»3º.- No hacer imposición de las costas de esta alzada».

**CUARTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal la representación de don Franco , con apoyo en los siguientes: Motivos: Único.- Al amparo del artículo 469.1. 3º de la LEC por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la Ley o hubiere podido producir indefensión y del artículo 469.1. 4º de la LEC , por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución .

Asimismo interpuso recurso de casación basado en los siguientes motivos:

a) infracción del artículo 96.3. CC y de la doctrina del Tribunal Supremo que contiene la sentencia de 30 de marzo 2012 , señalando que respecto los hijos mayores de edad no se puede vincular el derecho de uso de la vivienda familiar con la prestación alimenticia del artículo 93.2 CC , ya que los alimentos hijos mayores, que comprende el derecho de habitación, deben fijarse de conformidad con el artículo 142 y siguientes del código civil .

b) infracción de los artículos 142 y 149 del código civil , alegando interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo contemplada la sentencia de 12 febrero 2014 que establece que ningún alimentista mayor edad cuyo derecho se regule conforme lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del código civil , tiene derecho a tener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vida familiar con exclusión del progenitor con el que no haya elegido convivir. Entiende el recurrente que la extinción del uso del domicilio familiar a todas las demandadas y una vez extinguido el derecho de uso, el supuesto de entender que Mercedes debe ser acreedora de la pensión de alimentos, debe ser conforme al artículo 149 del código civil , es decir, manteniendo en su propia casa al acreedor de alimentos, de modo que el establecimiento de dicha forma de proporcionar los alimentos no puede impedir que el recurrente pueda disponer de su vivienda privativa.

c) infracción del artículo 148 del código civil , alegando interés casacional por oposición a la doctrina del Tribunal Supremo contemplada en la sentencia de 4 diciembre 2013 , en relación con el carácter retroactivo de los alimentos que se abonarán desde la fecha en que se interponga la demanda.

d) infracción del artículo 152.2 º y 3º CC , alegando interés casacional por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a dicho precepto contemplada en la sentencia de 5 noviembre 2008 y 27 marzo 2001 . El motivo viene referido a la cesación de la obligación de dar alimentos cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiere reducido hasta el punto de no poder satisfacer sus propias necesidades o cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria y adquirir un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia, todo ello en relación con los alimentos fijados a favor de ambas hijas, en especial de Visitacion , que percibe de su progenitora una pensión de 500 € mensuales por un plazo de cinco años, encontrándose viviendo con su madre en una vivienda privativa de ésta, por lo que alcanzada la edad suficiente así como la formación necesaria, puede insertarse laboralmente, con lo que procederá la extinción de dicha pensión.

**QUINTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo por auto de fecha once de mayo de 2016 , se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**SEXTO.-** Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Ana Castillo Díaz, en nombre y representación de doña Mercedes , presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.** - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día once de octubre de 2016, en que tuvo lugar

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Este recurso trae causa de una demanda de modificación de medidas de una sentencia de divorcio instada por el ahora recurrente, don Franco , para la extinción del uso del domicilio familiar, de la pensión alimenticia y de los gastos extraordinarios a favor de sus dos hijas, Visitacion , nacida el NUM003 de 1991, y Mercedes , nacida el NUM004 de 1993.

La demanda fue estimada parcialmente por el juzgado. En lo que aquí interesa, mantuvo la medida de uso de la vivienda familiar, en concepto de alimenticio, a favor de su hija Mercedes , y la prestación alimentos en favor de su otra hija, Visitacion .

La sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial que refiere como «circunstancias relevantes para la resolución» que las partes, casadas en el año 1990, tuvieron las dos hijas indicadas. La primera de ellas, Visitacion , está opositando al Cuerpo de maestros habiendo finalizado sus estudios de Magisterio. La segunda, Mercedes , se encuentra estudiando en la Universidad católica podología. Sus padres se separaron mediante sentencia de fecha 31 de marzo de 1998 , se divorciaron por sentencia de 9 de mayo de 2003 y se modificaron las medidas relativas al importe de los alimentos a cargo del progenitor no custodio por sentencia de fecha 2 de septiembre de 2002 . El domicilio que fuera familiar, propiedad privativa del esposo, quedó atribuido a la esposa e hijas, pero actualmente solo vive en él Mercedes , al haberlo abandonado su esposa y su hija Visitacion . La progenitora ha llegado a un acuerdo en el proceso de reclamación de alimentos instado por Mercedes contra sus padres, en el que aquella le compromete a abonarle la suma de 500 euros por tiempo de cinco años. En la demanda de modificación de medidas, don Franco solicitó el pago en especie de los alimentos a sus hijas mediante el mantenimiento de la atribución del uso de la vivienda objeto de este pleito.

La respuesta a las cuestiones que ahora se plantean se resuelven en la sentencia de la siguiente forma: «En cuanto al mantenimiento, si bien limitado de la pensión alimenticia establecida en la sentencia para la hija Visitacion , por entender la Sala que tal y como consta acreditado por la prueba practicada en los autos, se dan los requisitos exigidos por el art. 96.2 para su mantenimiento: la convivencia y la dependencia. En efecto, la hija mayor de edad no es independiente, porque sigue conviviendo con su madre y habiendo acabado su formación como maestra todavía no ha accedido al mercado laboral lo que sin duda obtendrá tras superar las oposiciones a magisterio, para lo que se considera suficiente el plazo de tres años establecido en la sentencia, máxime si como se ha anunciado en los boletines oficiales existe una oferta de empleo suficiente para cubrir plazas de maestro.

En cuanto a la hija Mercedes consta acreditado sus estudios en la Universidad católica de Podología, no es independiente y vive en el domicilio familiar. La solución dada por la Juzgadora de instancia respecto al pago en especie de los alimentos a ella debidos a través de la ocupación de la vivienda le parece coherente con la propia petición del recurrente en su demanda donde solicitó abonar de esa forma esos alimentos. Hoy, por contra, alude a ser él el titular de la opción, desconociendo la doctrina de los actos propios. En efecto, en relación a la doctrina de los actos propios, la jurisprudencia tiene declarado que el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest contra proprium actum venire"), actúa como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el artículo 7.1 del Código Civil y acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico al imponer un deber de coherencia en el tráfico, precisando para su aplicación la observancia de un actuar, sea a través de hechos o de actos, con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la posición actual exista una incompatibilidad o contradicción ( STS, 9-5-00 , 25- 10-00, 13-3-03 y 16-9-04 )».

**SEGUNDO.-** Se formula un doble recurso por parte de don Franco : extraordinario por infracción procesal y de casación, recurso este último que se va analizar en primer lugar teniendo en cuenta que lo que se resuelva en él será determinante del otro.

El recurso de casación se formula en cuatro motivos:

a) Infracción del artículo 96.3 del CC y de la jurisprudencia de esta Sala contenida en la sentencia de 30 de marzo de 2012 , señalando que respecto los hijos mayores de edad no se puede vincular el derecho de uso

de la vivienda familiar con la prestación alimenticia del artículo 93.2, ya que los alimentos de los hijos mayores, que comprende el derecho de habitación, deben fijarse de conformidad con el artículo 142 y siguientes del Código Civil .

b) Infracción de los artículos 142 y 149 del CC y oposición a la doctrina de esta Sala expresada en la sentencia de 12 de febrero de 2012 que establece que ningún alimentista mayor de edad, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 143 y siguientes del CC , tiene derecho a tener 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. Considera que la extinción del uso de la vivienda familiar a todas las demandadas y una vez extinguido el derecho de uso, entender que su hija Mercedes debe ser acreedora de la pensión de alimentos, debe ser conforme al artículo 149 del CC , es decir, manteniendo en su propia casa al acreedor de alimentos, de modo que el establecimiento de dicha forma de proporcionar alimentos no puede impedir que el recurrente pueda disponer de su vivienda privativa.

c) Infracción del artículo 149 del CC y de la jurisprudencia de esta Sala expresada en la sentencia de 4 de diciembre de 2013 , en relación con el carácter retroactivo de los alimentos que se abonarán desde la fecha de la demanda, y.

d) Infracción del artículo 152. 2º y 3º y de la jurisprudencia relativa a dicho precepto contemplada en las sentencias de 5 de noviembre 2008 y 27 de marzo 2001 , sobre cesación de alimentos a su hija Visitacion cuando la fortuna del obligado al pago se hubiese reducido hasta el punto de no poder satisfacer sus propias necesidades o cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria y adquirir un destino o mejorado su fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia, que percibe de su madre una pensión de alimentos de 500 euros mensuales por un plazo de cinco años, y vive con ella en una vivienda privativa de ésta, por lo que alcanzada la edad suficiente así como la formación necesaria puede insertarse laboralmente.

**TERCERO.-** El recurso se admite, salvo lo que se dirá respecto de los efectos retroactivos de los alimentos, y es que ningún sustento legal ni jurisprudencial (este último se ignora en la sentencia), ampara la solución ahora recurrida, incluida la llamada a los actos propios sobre una petición que no ha sido debidamente entendida, como es la pretensión de que la hija quede en el domicilio, pero no de forma exclusiva sino como consecuencia de la opción que el alimentante le otorga, conforme al artículo 149 del CC de recibir y mantener en su propia casa al alimentista:

1.- Ningún alimentista mayor de edad - sentencia 30 de marzo 2012 -, cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los arts. 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». Podría añadirse que tampoco en este caso la vivienda sería la familiar protegida por la norma en favor de los hijos menores una vez que la progenitora abandonó la casa, propiedad de su esposo, para irse a residir con otra de sus hijas, también mayor de edad.

2.- Es jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 5 de septiembre de 2011 , 30 de marzo y 14 de noviembre de 2012 , 12 de febrero de 2014 , 29 de mayo 2015 y 17 de marzo 2016 ), la siguiente:

«... 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».

3.- Los alimentos a los hijos no se extinguen por la mayoría de edad, sino que la obligación se extiende hasta que los hijos alcancen la suficiencia económica, siempre y cuando la necesidad no haya sido creada por la conducta del propio hijo ( sentencia 5 de noviembre 2008 ), afirmando la sentencia de 12 de julio de 2015 , con cita de la de 8 de noviembre de 2012 , que «por lo que se refiere a la concurrencia de titulación profesional en la hija no podemos aceptar que ello impida percibir alimentos del padre, dado que no se acredita la percepción de ingresos por parte de la misma ni que carezca de la necesaria diligencia en el desarrollo de su carrera profesional».

Ocurre en este caso que Visitacion , de 26 años de edad, vive en casa de su madre, que no es la familiar a que se refiere el artículo 96 del CC , ha acabado su formación como maestra si bien todavía no ha accedido al mercado laboral y, como dice la sentencia, *"lo que sin duda obtendrá tras superar las oposiciones a magisterio, para lo que se considera suficiente el plazo de tres años establecido en la sentencia, máxime si como se ha anunciado en los boletines oficiales existe una oferta de empleo suficiente para cubrir plazas de maestro"*. Y si bien la ley no establece ningún límite de edad para recibir alimentos, como con reiteración ha dicho esta sala, lo cierto es que los tres años que puso la sentencia como límite para percibirlos, aun cuando no han transcurrido cuando esta resolución se dicta, las posibilidades reales que tiene para acceder a un trabajo hace innecesario esperar a que transcurran, con lo que se dan por extinguidos.

4.- Es doctrina de esta Sala que "cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" ( sentencias 3 de octubre 2008 ; 26 de marzo 2014 ). Las hijas estaban recibiendo alimentos en virtud de las medidas previas acordadas, por lo que carece de sentido los efectos retroactivos que se pretenden.

**CUARTO.-** La admisión del recurso hace innecesario analizar el recurso extraordinario por infracción procesal; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas de ninguna de ambas instancias ni de las causadas por este recurso, de conformidad con el artículo 398, en relación con el artículo 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

## FALLO

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

1. No entrar a analizar el recurso extraordinario por infracción procesal y estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Franco contra la sentencia de 11 de mayo de 2015, dictada por la Sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia . 2. Casamos la expresada sentencia en lo que se refiere al uso del que fue vivienda familiar, y prestación de alimentos en favor de sus dos hijas Visitacion y Mercedes que declaramos sin valor ni efecto alguno, manteniéndola en todo lo demás. 3.- No imponer especialmente a ninguna de las partes las costas del recurso de casación ni las de las instancias. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.